AVV. EUGENIO JANNITTI DI GUYANGA

IL PRINCIPIO della PREVENZIONE e dell'UTILITÀ SOCIALE

QUALE FONDAMENTO

DELLA

RESPONSABILITÀ DEI PADRONI E COMMITTENTI

nel diritto positivo e nella dottrina



GIOVINAZZO

TIPOGRAFIA R. OSPIZIO VITT. EMAN. II

della Ditta Vecchi & C.

1906

All'on. prof. EMANUELE GIANTURCO.

Ardisco dedicare a Lei, illustre e gentile Maestro — con la riverenza di discepolo — questo mio primo lavoro giuridico sulla responsabilità indiretta dei padroni e dei committenti. *La benevola accoglienza di tale rispettoso omaggio sarà per me il maggior premio sperato, il più nobile auspicio nell'ardua carriera giuridica, cui dedicherò costantemente le modeste energie del mio ingegno.*

Voglia gradire i miei più rispettosi ossequi.

Suo dev.mo
EUGENIO JANNITTI.

Egregio signor JANNITTI,

con vivo piacere accetto la dedica del suo primo lavoro di diritto, e la ringranzio. A bravi giovani, come lei, è ben lieto di dare il suo incoraggiamento chi, come me, ha vissuto e vive, da lunghi anni, le sue ore migliori accanto ai giovani nell'Università.

Si abbia dunque, col mio ringraziamento, i più vivi augurii di un ottimo avvenire, e mi creda

Suo dev.mo
EMANUELE GIANTURCO.

CENNI BIBLIOGRAFICI.

Autori francesi:

AUBRY et RAU — *Cours de droit civil français*, tom. IV, pag. 754.

LOCRÉ — *Législation civile, ecc., ou commentaire et complément des codes français*, tom. XIII, pag. 40 ss.

TOULLIER — *Droit civil*, vol. VI, n. 282 ss.

DURANTON — *Cours de droit civil français*, vol. XIII, n. 174, 4.ª ediz. napoletana, 1855.

SOURDAT — *Traité général de la responsabilité*, parte II, lib. I, cap. I, art. 1.

POTHIER — *Trattato delle obbligazioni*, parte I, cap. I, parte II, n. 453.

LAURENT — *Principes de droit civil*, vol. XIX, n. 572 ss.

LAROMBIÈRE — *Droit civil français*, vol. VII, n. 8.

COLMET DE SANTERRE — *Droit civ.*, vol. V, n. 365.

DEMOLOMBE — *Cours de droit civil*, vol. VIII, n. 611, 612.

DALLOZ — *Répertoir*, voce *Delitto e Responsabilità*.

MERLIN — *Idem*.

MARCADÉ — *Codice Napoleone*, vol. VII, art. 1384.

DELVINCOURT — *Cours de code civil*, tom. III, tit. XV, cap. III, sez. 1.ª

Autori italiani:

CHIRONI — *La colpa nel diritto civile ital. Colpa extra-contrat.*, 1886, n. 160 ss.

CALCATERRA — *Genesi e sviluppo del codice civile del regno d'Italia*, vol. III, parte I, n. 281, pag. 294, 1880.

GIORGI — *Teoria delle obbligazioni*, vol. V, n. 252 ss., 1900.

FERRINI — *Delitti e quasi-delitti*, nel «Digesto Ital.», vol. IX, parte I.

VIGNALI — *Commento al codice civile*, 1878, vol. IV, lib. III, § 399 ss. (anche per la storia del periodo germanico e posteriore).

MASUCCI — *Diritto e giurisprudenza intorno alle persone civilmente responsabili*, in «Rivista Penale», 1884.

BORSARI — *Commento al cod. civ. ital*, 1871, n. 3054 ss.

SALVIOLI — *La responsabilità dell'erede pel delitto del defunto*, nella «Rivista di scienze giuridiche di Schupfer», 1886.

ID. — *Consortes et Colliberti*, Modena, 1883.

RICCI — *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. VI, pag. 178 ss., 1886.

FORTUNATO — *Il responsabile civile nel giudizio penale* in «Giurisprudenza Italiana», 1889.

BORSANI e CASORATI — *Commentario al codice di procedura penale*, 1875-1883.

BOLAFFIO — *Fondamento giuridico della responsabilità dei padroni e dei committenti*, «Foro Italiano», 1890.

G. FUSINATO — *Gli infortunii sul lavoro e il diritto civile*, Roma, 1887.

BENEVOLO — *La parte civile nel giudizio penale*, 3.ª ediz., 1892.

A. MORTARA — *La parte civile nel giudizio penale*, in «Rivista Penale», 1893.

FARANDA — *Responsabilità e azione di rivalsa nel giudizio penale*, Torino, 1893.

GIANTURCO — *Istituzione di diritto civ. ital.*, 1894, n. 60, Man. Barbèra.
ID. — *Diritto delle obbligazioni; Lezioni di diritto civ.*, Napoli, Pierro, 1894.
MOSCA — *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale e amministrativo*, Roma, 1894.
MORTARA A. — *Regiudicata ed azione civile*, « Rivista Penale », 1895.
ORLANDO V. E. — *Saggio d'una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, ecc., « Arch. di Dir. Pubblico », 1894.
COVIELLO — *La responsabilità senza colpa*, 1894.
ALTZERI-VACCA — *Considerazioni storico-giuridiche sul risarcimento dei danni e specialmente dei danni senza colpa*, « Giurisprudenza Sarda », 1894.
RATTO — *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, « Legge », 1896.
SCEBI — *Responsabilità dei padroni e dei committenti*, « Giurisprudenza Ital. », 1896.
BENNARDO — *Risarcimento dei danni cagionati dai servi e dai commessi*, in « Diritto e Giurisprudenza ». (È notevole in tale monografia la copiosissima bibliografia).
SCANDURRA-SAMPOLO — *La colpa che precede il caso fortuito e il risarcimento dei danni*, in « Circolo Giuridico », 1897.
STOPPATO — *L'evento punibile*, Padova, 1898.
VENEZIAN — *Danni e responsabilità fuori contratto*, 1898.
L. COVIELLO — *Lo stato di necessità nel diritto civile*, in « Filangieri », 1898.
T. CLAPS — *Status necessitatis*, in « Foro Ital. », 1898.
GABBA — *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, in « Giurisprudenza Ital. », 1899.
ANGIOLINI — *Colpa, risarcimento e danno*, in « Scuola Positiva », 1899.
L. BARASSI — *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecie di animali*, nella « Rivista di Schupfer », 1898.
ID. — *Della responsabilità per danni*, id., 1899.
POZZOLINI — *La responsabilità e titolo di colpa*, « Rivista di diritto penale e sociologia crim. », 1900.
ID. — *Codice penale italiano*, vol. I, parte I, pag. 312, 1900.
DE BONIS — *Risarcimento e pena*, « Cassazione unica », 1900.
ALIMENA — *Causalità, mezzo giuridico o prevedibilità*, « Rivista di diritto penale e sociologia crim. », 1900.
STOPPATO — *Causalità e colpa*, « Rivista Penale », 1901.
VENEZIAN — *Sul pagamento dei debiti altrui*, « Foro Ital. », 1901.
AGNELLI prof. ARNALDO — *Commento alla legge sugl'infortunii del lavoro*, Milano, 1902.
GIANTURCO E. — *Conferenza tenuta nel Circolo giuridico di Napoli li 13 aprile 1902 e raccolta dal giudice Fed. Celentano.*
MORELLI C. — *Le irresponsabilità penali e le conseguenze civili nelle legislazioni comparate antiche e moderne*, Avellino, 1902.
CAVAGNARI C. — *Studii sul contratto di lavoro*, Roma, 1902.
LORENZO M. — *Il contratto di lavoro*, Novara, 1902.
CAVAGNARI C. — *Relazione sui principii fondamentali della Commissione ministeriale per le riforme del cod. di proc. pen.*, nel « Filangieri », vol. 26, pag. 8-9.

BRUNETTI A. — *Contributo allo studio del risarcimento del danno prodotto nello stato di necessità,* « Filangieri », 1903.

BRUNO — *Azione de in rem verso,* « Enciclopedia giuridica ital. », pag. 1351 s., 1903.

CONTINI C. — *La legge sul contratto di lavoro.* Appunti, Milano, 1903.

L. DE MEIS — *Danni contrattuali ed extra-contrattuali,* nel « Filangieri », anno 1900, vol. XXV, 7.

LUZZATTO — *Colpa,* nel « Digesto Italiano ».

RICCA BARBERIS M. — *Responsabilità senza colpa come principio di diritto positivo e di diritto condendo,* 1900.

G. FIORETTI — *Colpa contrattuale e aquiliana,* in « Giurisprudenza italiana », anno 1901, LIII, 6.

D. GIURA — *Responsabilità dei padroni,* in « Legge », XLV, 1.

A. BRUNETTI — *Risarcimento del danno prodotto nello stato di necessità,* in « Filangieri », 1903.

C. PEROLO — *Analogie e differenze fra la colpa contrattuale ed extra-contrattuale nel diritto civile,* nella « Legge », 1906, vol. XLV, 7.

G. CHIRONI — *Lo stato di necessità nel diritto italiano,* Torino, Bocca, 1906.

AVV. Prof. G. LETO — *Se la condanna dell'imputato sia necessaria per quella al rifacimento dei danni, del civilmente responsabile,* nel « Filangieri », 1905, 7.

WINDSCHEID — *Pandekten,* vol. II, parte II, 1898; trad. ital. Fadda e Bensa (stato di necessità).

DE CRESCENZIO — *Sistema del diritto civile romano,* 1869.

FERRINI — *Manuale delle Pandette,* 1901.

SERAFINI F. — *Istituzione di diritto romano,* 5.ª ediz., 1892.

PERTILE — *Storia del Diritto ital.,* vol. V, § 170 ss., 1896.

SOLVIOLI — *Manuale di Storia del Diritto ital.,* 1898.

NANI — *Storia del Diritto privato ital.,* 1899.

INDICE-SOMMARIO.

Capo IV — *Teorie sulla responsabilità civile senza colpa, e ricerca in esse del principio di prevenzione.*

§ 1.° — *Teoria della rappresentazione.*

§ 2.° — *Teoria dell'interesse o profitto.*

§ 3.° — *Teoria dell'agire a proprio rischio e pericolo.*

Conclusione e riepilogo.

Il principio della prevenzione e dell'utilità sociale quale fondamento della responsabilità dei padroni e committenti nel diritto positivo e nella dottrina.

INTRODUZIONE.

1. Non v' ha chi, leggendo le disposizioni dell'art. 1153 cod. civ., non si arresti all'ultima, mercè cui i padroni e i committenti (a differenza dei genitori, tutori, ecc., pel danno cagionato dai loro subordinati) si escludono dalla prova di non aver avuta colpa alcuna pel fatto dei domestici e dei commessi. E tanto più colpisce tale singolare eccezione, in quanto che nell'art. 1151 è solennemente stabilito: « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad « altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire « il danno »; di guisa che non dovrebbe porsi in dubbio, che il fatto altrui obblighi solo chi è a sua volta colpevole, non già del medesimo fatto illecito (poichè si avrebbe allora la compartecipazione), ma di non averlo impedito *cum potuerit*, e quindi di non essere stato diligente od accorto. Ciò è conforme pienamente ai principii di ragione, perchè fondamento di ogni responsabilità diretta o indiretta, penale o civile, non può essere che la colpa, il fallo cioè imputabile all'uomo dotato di libera volontà. I principii razionali possono esser dichiarati, modificati dalla legge e dalle convenzioni, ma annullati e disconosciuti giammai: l'attribuire una pena, sia anche civile, a chi non è colpevole, è contro il diritto razionale, contro qualunque idea di giustizia sociale ed umana.

Qui non può campeggiare nessun criterio di opportunità, la quale spesso è giusto temperi il rigore e l'inflessibilità del diritto: essa è ammessibile quando voglia dichiararsi punibile o meno sia civilmente che penalmente, in taluni casi e in date circostanze, un fatto, che pur implichi un qualche mancamento, un'infrazione qualsiasi del diritto; ma l'opportunità non può far sì che si attribuiscano ad alcuno gli effetti d'un atto illecito in cui non ha avuto nè colpa, nè dolo, anzi compiuto da un individuo diverso (1).

2. Questi supremi principii di diritto ricorrono alla mente nel meditare sull'ultimo capoverso dell'art. 1153, e nell'intuito rapido e spontaneo dell'intelligenza, essi appaiono oltraggiati e infranti: nè, dopo avere appresi i motivi che han suggerito tale disposizione, dopo avere appresi i diversissimi criteri posti a base di quella da insigni giuristi, confesso, io son rimasto convinto della sua giustizia. Nei motivi legislativi è per vero considerata una presunzione *juris* di colpa, mentre da molti è ritenuta *juris et de jure:* ma che forse è giusta tale assolutezza in tema di *colpa?* A nessuno è lecito stabilire *a priori*, che innegabilmente vi debba essere in un fatto il mancamento, il dolo o la colpa d'una persona. Tanto vale dire, che colpevole o innocente, ella vuolsi punire: sotto la

---

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. V, n. 252 *quater*. «..... Insomma « questa necessità di ricorrere alla colpa per risolvere il problema della re« sponsabilità non è un'invenzione dei giureconsulti, ma corre sulle bocche « di tutti ed è il portato naturale e necessario del senso innato di giustizia « che annida nel cuore di ogni uomo, e su cui si adagia per la stessa ra« gione anche la responsabilità penale, altra faccia dello stesso principio..... « Il prescindere dalla colpa per risolvere la questione della responsabilità « civile non sarebbe una ribellione ai soli art. 1151 e segg. cod. civ., ma a « tutte le leggi antiche e moderne, alla tradizione costante, al sentimento « innato della giustizia: metterebbe in antagonismo il diritto civile col pe« nale, e rivolterebbe la coscienza di ogni animo ben fatto ». Cercherò di dimostrare in seguito come nè il codice civile italiano nè le legislazioni anteriori, ad eccezione del diritto romano, si son fondati sulla colpa.

TOULLIER, *Droit Civil*, vol. VI, n. 280: «Le colpe altrui ci sono estranee.

veste quindi d'un principio conforme a ragione per quanto rigoroso, si nasconde la violazione di altro principio generale e supremo: che chi non è colpevole, non può, nè deve essere in alcuna guisa responsabile.

3. Le svariatissime e ingegnose dottrine escogitate e spesso difese con ardore su tale argomento, l'autorità di illustri maestri i quali l'han trattato con profondità e larghezza d'idee, m'avrebbero certamente allontanato dal proposito di far sentire la mia parola, necessariamente debole e temo ardita, su di esso: se non fossi stato vinto dall'ansia di esporre idee mie proprie nate nella meditazione tormentosa dell'ingegno, e più, dal tema pieno d'interesse e ancora, dopo molti anni di discussione vivace, palpitante d'attualità. E certo è desso un problema dei più gravi, nel campo del diritto, riferendosi alla responsabilità d'una persona per fatto altrui: problema che, se non erro, ha contatto bensì col diritto penale; poichè è uopo risalire alla volontà libera umana, in cui risiede ogni ragione di imputabilità, di responsabilità, di pena, sia anche civile, per un operato difforme dalla eterna legge morale e dai principii supremi che debbono governare la civile coesistenza degli individui.

« La ragione ci dice che ciascuno non è garante che di quelle che ha commesse e che possono essergli imputate; che il solo autore dell'offesa deve « il risarcimento all'offeso ».

E il PROUDHON, parlando delle conseguenze di fatti illeciti penali: « Quando « si tratta di delitti o contravvenzione per commessione, è un principio generale che solamente quelli che ne sono gli autori debbono soffrirne. La « ragione di ciò è che l'obbligazione che risulta da un delitto non ha altra « causa che il fatto stesso che vi dà luogo; ed è per questo fatto e per « questo solo fatto che essa si contrae: non havvi per conseguenza che « quello che vi ha dato il suo consenso che possa esserne tenuto ». *Usuf.*, 3, 1530.

« Le colpe sono personali », SOURDAT, *Trattato della responsabilità*, 2.ª parte, lib. I, cap. I, art. 1.

Peccata suos tenent auctores, nec reperiatur delictum (Leg. 22, cod. *de Poemis*).

4. Sul limitare però del mio lavoro mi è uopo dichiarare che lo svolgimento riguarderà unicamente la ricerca del fondamento storico e positivo, quindi razionale di tale responsabilità assoluta. L'indole quindi del mio tema escluderà completamente questioni dibattutissime, di cui ciascuna richiederebbe una trattazione particolare ed ampia, come han fatto insigni giureconsulti. Alle seguenti non sarà fatto neppur cenno: meno alcune di cui si rileveranno i punti di contatto, solo, con quella qui trattata: dei quali punti molti, aggiungi, son solo apparenti e immaginati da qualche scrittore.

I. Se lo Stato sia responsabile, quale committente, del fatto dei pubblici impiegati.

II. Se parimente lo siano le Provincie, i Comuni, le società commerciali e civili.

III. Quale sia il fondamento della responsabilità degli imprenditori per gl' infortuni incolti agli operai in occasione del lavoro cui sono addetti.

IV. Fondamento della responsabilità dei proprietarii per la rovina di edifizi ad essi appartenenti; e della responsabilità del proprietario d'animali o di chi se ne serve, pei danni cagionati da quelli, quantunque fuggiti o smarriti (articoli 1154, 1155 codice civile).

V. Responsabilità dei vettori (articoli 398, 400, 401, 406, 410, 416 cod. comm.).

VI. Responsabilità degli osti e degli albergatori (articoli 1866, 1867, 1868 cod. civ.).

VII. Figura del responsabile civile nel giudizio penale e principii razionali procedurali al riguardo.

CAPO I.

PARTE STORICA.

Criterii nella indagine.

5. Come ho accennato, nei motivi del codice francese (il cui articolo 1384 è stato quasi letteralmente riprodotto nell'articolo 1153 del nostro) e inoltre dalla generalità quasi delle Corti francesi e italiane, dalla maggioranza degli scrittori, sembra accettato il criterio d'una colpa presunta, inoppugnabile. E tanto invero basterebbe, perchè si ritenesse senz'altro quale unico e vero fondamento della disposizione in esame. Senonchè qualcuno ha creduto rinvenire nelle parole dei legislatori francesi anche la considerazione di altri principii: altri han sostenuto che quelli e le Corti giudiziarie hanno erroneamente giustificata e spiegata una norma non introdotta la prima volta nel codice francese, ma mantenuta attraverso una lunga ed ininterrotta tradizione giuridica e da quello accolta. Infatti, essi dicono, non è credibile che la legge sia stata così manifestamente illogica e ingiusta da ritener colpevole ad ogni costo anche chi dimostri di non esser in colpa. Han così messo a tortura l'ingegno per pescare un fondamento razionale che eliminasse le contraddizioni stridenti cui dà luogo quello della *praesumptio juris et de jure* di colpa. Ed hanno allora costruite teorie sforzate e formali che non trovan radice nei motivi delle legislazioni francese e italiana, nè nella giurisprudenza svolta su quelle, nè nella coscienza giuridica dei periodi storici anteriori: teorie quindi che, se in astratto e dal lato strettamente logico, mantengono la coerenza tra la premessa e le deduzioni, la conseguenza ed il principio, in effetti son fuori e lontanissime dalla disposizione dell'articolo 1384 codice francese (1153 codice civile ital.). Esse inoltre hanno il vizio originario di poggiare sull'esattezza e verità del principio della responsabilità assoluta dei padroni e dei committenti: diguisachè se paiono bel ritrovato della

mente che vuol conservato il rigore scientifico, è quello un'iridescenza vaporosa che deve svanire dinanzi a una scrupolosa analisi di quelle affermazioni. Tali teorie sono enunciazioni di principii che risentono lo sforzo dell'adattamento: ma sono anche in se stesse ingiustificabili e contro i principii giuridici, come si vedrà in seguito: esse fanno a meno della colpa, e trovan giusta la disposizione in esame: meno illogiche delle altre teoriche della ***culpa in eligendo*** o ***in vigilando***, malgrado le quali non si risente da molti l'ingiustizia della responsabilità assoluta! Io cercherò il fondamento storico di essa, che non può esser nè quello della ***culpa***, nè quello escogitato da chi propugna diversi principii, bensì quello dell'***interesse dei terzi*** che include l'altro di ***prevenzione;*** dimostrerò l'antigiuridicità di tale criterio, il *vero* e l'***unico*** informante tale disposizione singolarissima; e invece di partire, come fanno tutti quelli che la biasimano, dalla ***praesumptio juris et de jure*** di colpa (ad es. il Giorgi), dirò che essa non può considerarsi come fondamento esclusivo assegnatole: che tale responsabilità deve fondarsi sulla colpa, ma questa non deve stabilirsi in modo imprescindibile, basta una presunzione di diritto a carico dei padroni e dei committenti; spetta ad essi poi somministrare la prova che non sono colpevoli affatto, che perciò non sono responsabili. Nessuno ha manifestata e difesa l'opinione che io, convinto, esporrò e sosterrò colle mie deboli forze; nei principii del diritto romano e barbarico su tal punto, in quelli stessi svolti e difesi da molti scrittori illustri io ne attingerò la giustificazione: e sviluppando alcuni argomenti e idee soltanto accennate nelle linee secondarie di teorie affatto diverse da quelle fondamentali, cercherò di dare ragione e rilievo alle mie considerazioni.

Diritto Romano.

6. In diritto romano sembra non si sia in alcun caso negata la prova liberatoria alla persona chiamata responsabile per un fatto altrui che non avesse potuto impedire. Le azioni romane accordate sia dal diritto civile che imperiale e pretorio corrispon-

denti in parte alle moderne furono: le *actiones noxales*, le *actiones institoria* ed *exercitoria*, l'*actio adversus nantas, eaupones, stabularios*, l'*actio de effusis et dejectis* e l'altra *posito et sospensu.*

La responsabilità del *pater familias* pel delitto dei figli (diritto antigiustinianeo) e dei servi originò dalla vendetta privata ammessa anticamente anche presso i Romani. In seguito la *noxae datio* non significò agevolamento dato alla famiglia dell'offeso di sperimentare la propria vendetta, ma temperamento dell'obbligazione di risarcire il danno (1). « Namque erat iniquum nequitiam « eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse », e quest'abbandono poggiava appunto sul principio che niuno è garante del fatto altrui (Toullier). L'*actio noxalis* era reale, esperibile cioè contro chiunque possedesse il servo colpevole.

L'*actio exercitoria* era data contro il padrone di una nave o albergo o stalla pei danni e furti commessi in questi luoghi dalle persone assunte al suo servizio.

E la responsabilità del padrone era fondata in una presunzione di colpa. « Cum enim neque ex maleficio, neque ex con- « tractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus cul- « pae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi « ex maleficio teneri videtur » (*Inst.*). Era questa una presunzione di colpa assoluta? Il Toullier recisamente lo nega.

L'*actio institoria* paragonabile a quella contro i committenti nel diritto civile italiano, era però data solo contro colui il quale avesse preposto un institore al disbrigo degli affari in un negozio, ma non solo per le obbligazioni civili bensì pei delitti e quasi-delitti (fr. 5, § 8, D. 14, 3). Essendo però un mandato il contratto intercedente tra il padrone e l'institore, se costui commetteva un fatto illecito eccedendo i limiti del mandato, obbligava il primo solo in quanto si fosse arricchito.

---

(1) V. Ferrini, *Manuale delle Pandette*, § 601.

Importante era l'*actio praetoria de effusis et dejectis* (1) contro colui « ex cuius coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto. « vel in quo gratis habitat, dejectum effusunere aliquid est, ita « ut alicui noceretur »: onde quegli « quasi ex maleficio obligatus « intelligitur. Cui similis est is qui ea parte qua vulgo iter fieri « solet id positum aut suspensum habet quod potest, si ceciderit, « alicui nocere » (*Inst.*). L'azione *de effusis et dejectis* « in eum « datur qui inhabitat, quum quid deiiceretur vel effunderetur, non « in dominum aedium *culpa enim penes eum est.* » Questa parte del fr. 1, § 4, *de his qui effud.*, IX, 3, appare razionalissima. Immediatamente e alquanto contraddittorio però esso continua: « nec « adiicitur culpae mentio vel infitiationis ut in duplum detur actio, « quamvis damni injuriae utrumque exigat ».

Ma occorre ricordare la chiusa del fr. 1, pr. cod.: « Si servus « *insciente* domino fecisse dicetur in iudicio adiiciam: aut noxam « dedere jubebo ». E la *scientia:* « sic accipienda est, si domi- « nus cum prohibere posset non prohibuit ». Analoga era *l'actio posito et sospensu.* Altre limitazioni esistevano ancora alla responsabilità del *pater familias.* Si vegga ad es. il fr. 1, § 7 *de his qui effud.*, IX, 3, e il corrispondente tit. V, lib. IV, *Inst.*, § 2, *de ob quae quasi ex delicto nascuntur.* L'*actio de effusis et dejectis* per alcuni riguardi s'accosta a quella data contro il padrone pel fatto del domestico nel diritto odierno italiano, per altri riguardi se ne allontana. Essa mirava a garentire il libero e sicuro transito dei passeggieri: « summa cum utilitate id Praetorem « dixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu « et periculo per itinera commeari », fr. 1, § 1, *de his qui effud.*, IX, 3. Era quindi piuttosto un decreto di polizia che stabiliva una responsabilità analoga a quella odierna pei fatti contravvenzionali in cui predomina il criterio preventivo, nè in giudizio occorre dimostrare la volontà che si presume, ma può addursi qualunque scusa per forza maggiore o caso fortuito.

---

(1) V. De Crescenzio, *Sistema del diritto civ. rom.*, vol. II, pag. 493. V. anche L. 45, fr. *de dolo malo* (4, 3).

Che il diritto romano fondasse ogni sorta di responsabilità extra-contrattuale sulla *culpa*, può dedursi dai principii generalissimi della legge Aquilia (completata con *actiones utiles)*, la quale stabiliva appunto, che il *damnum injuria datum* dovesse risarcirsi anche se la *culpa* fosse lievissima, ma non se il danno medesimo fosse *casuale* (1).

Diritto germanico e statutario.

7. Scarse sull'argomento son le fonti del diritto germanico. Dalle poche è uopo trarre i principii dominanti in quell'età di confusione e depressione del pensiero giuridico. Ed è indispensabile penetrare nel campo del diritto penale: il risarcimento del danno, infatti, in seguito a delitti è con questi strettamente connesso, tanto che può dirsi una pena benchè *civile*, avendo in mira il privato interesse e non la società intera offesa: distinzione sottile che non potette esser fatta nei tempi, involti ancora nella barbarie, della dominazione germanica. Sul qual proposito è opportuno riferire ciò che scrive un illustre storico delle cose giuridiche in riguardo alla *compositio* « ..... Per la sua origine, la *compositio* significò riscatto dal diritto di *faida* indennità o prezzo legale dell'abbandono della vendetta privata in tutti i casi in cui era autorizzata; ma poi non si limitò a queste funzioni e spesso assunse anche quelle di una vera pena. Tuttavia per l' idea d'indennizzo che in parte vi resta congiunta, la composizione forma una obbligazione identica alle contrattuali, è inseparabile dai beni, e nulla ha di comune coll'individualità e colla sensibilità dell'agente. È un debito sul patrimonio dell'offensore di cui egli deve sacrificare una parte in vantaggio dell'offeso. Debito la dicono le fonti, e obbligazione *ex delicto*, riproducendo quella compenetrazione fra diritto privato e penale che caratterizza le leggi germaniche (2).

---

(1) **Windscheid**, ***Pandekten*****, vol. II, parte II, trad. Fadda e Bensa,** 1898.

(2) G. Salvioli, *La responsabilità dell'erede pel delitto del defunto*, « Rivista di Schupfer », 1886.

Nelle prime leggi scritte la pena si propose di assicurare la soddisfazione all'offeso che poteva promuovere la privata vendetta. Sotto i Merovingi già è accolta l'idea della *prevenzione*, la quale dura fino ai nostri giorni, soverchiata dal concetto dell'espiazione del delinquente, concetto già intuito e propugnato nel M. E. dalla Chiesa. Si puniva per conservare l'interna pace e tranquillità: così sotto Atalarico, re degli Ostrogoti, sotto i Carolingi, i Longobardi. E negli statuti veneziani, nella carta *de logu* in Milano (1400), nelle prammatiche napoletane predominò eziandio questo principio utilitario e politico del diritto romano. Presso i Germani si guardò all'elemento oggettivo del reato più che a quello subbiettivo della colpabilità o meno: bastava il *danno* perchè dovesse esservi la pena: quantunque quello fosse recato indirettamente e non per colpa di colui che si chiamava responsabile. « Quae enim per inscientiam peccamus per industriam corrigamus » (1). « Si quis non voluntarie sed casualiter cui quam vulnus inflixit, non idcirco minus integram vulneratus accipit emendationem cuius dolorem linire *non novit casus potius quam ex proposito infligendi*, nec ipsius multum interest *ex casu potius quam ex proposito* laesum esse » (2). Tali erano i principii delle leggi di LIUTPRANDO. Alcuni storici del diritto credettero di intravvedere una presunzione di colpa, altri (HEUSLER) stima che questa inevitabile punizione si limitasse al risarcimento dei danni: opinioni con sovrabbondanza di ragioni combattute dal PERTILE. Nel 1100 Ruggiero re di Sicilia puniva egualmente l'omicidio doloso e quello colposo: confusione cessata solo in parte, quando sorse lo studio del diritto romano, negli statuti, e avvertita ed eliminata specie nella legislazione di Maria Teresa e Giuseppe II. In conformità a questi principii le leggi 142 e 254 dell'editto di ROTARI, quello di LIUTPRANDO, 21, infliggevano piena punizione ai padroni pei delitti degli schiavi. Ma se avevano abbandonato il

---

(1) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. V, § 170.

(2) ANDR. SUNESEN, *Leges scanc.*

padrone, questi pagava solo il danno, per metà se più non ritornavano (1). La lesione, la morte cagionata da un destriero, da una cosa sia pure per opera altrui o per mero caso, obbligava il padrone al guidrigildo (2).

8. Il canone fondamentale del diritto penale, che nessuno debba esser punito pei delitti o fatti dannosi in genere di altri, fu ignorato dai popoli dei secoli anteriori fino al Beccaria e al Montesquieu, i quali gridarono a tale ingiustizia ed enormità. Dapprima la famiglia dell'offensore nel periodo germanico era tenuta solidalmente al guidrigildo e alla composizione: si ammise di poi tale solidarietà anche per le pene corporali (Pertile). Solo in particolari casi i parenti erano obbligati sussidiariamente (3).

L'infamia covriva tutto intero il casato, infangava il cognome. La pena del padre s'estendeva su qualunque generazione in linea maschile, sul coniuge, sui collaterali fino al 4.° grado. La minaccia dell'ira divina fino alla quarta generazione, di cui nella Sacra Scrittura, si tenne di esempio dimenticando il precetto: *non occidentur patres pro filiis, nec filii pro patribus, sed unusquisque pro peccato suo morietur* (4).

Più naturale sembrò chiamare responsabile coloro, che, avendo alcuna autorità sul delinquente, potevano incolparsi in qualche modo del suo reato (5). Quando vigeva la schiavitù furon sempre puniti i padroni per gli schiavi (6). *Si liber homo se wadiae in alterius potestate commiserit, ibique contingerit, ut damnum aliquod cuilibet feceret, ille qui (eum) in loco wadiae suscepit damnum solvat* (7). Così negli statuti parmense 1225, veneziano

---

(1) Leg. 256, Ed. Rhotari, leg. 11 di Liutpr.

(2) Leg. di Rhotari, 304, 326, 137, 305 e Liutpr.

(3) V. Salvioli, *La responsabilità dell'erede*, ecc., già cit.

(4) Deuteran, XXIV, 16.

(5) Brev. pis. comm., 1286, III, 42.

(6) Ved. Pertile, loco cit.

(7) Cap. *excerpta hud*, II, 875, 40.

1188. Ma per nulla mitigò la condizione dei padroni la trasformazione degli schiavi in servi della gleba, semi-liberi, dipendenti. Difatti nello Statuto pistoriense 1296, nel Breviario pisano cons. anno 1164, in quello comunale anno 1286, nel breviario consolare di Nicia, nello statuto di Cecina, in quello di Andria anno 1478, in una disposizione dettata da Eleonora, duchessa di Ferrara, anno 1480, nella Costituzione di Milano anno 1541, nello Statuto di Lucca anno 1539, nei bandi campestri comunali e feudali del secolo XVIII fino al 1797, nello Statuto di Bologna anno 1561, nello Statuto di S. Marino si dichiarano i padroni, *domini familiae* responsabili pei mancamenti e i danni cagionati dai loro domestici, *famuli, manupasti, laboratores, laborantes.* Così il FERRINI (1) nota che Bartolo, commentando il fram. 27, § 11, Dig. IX, 2, ammette che valga pei liberi famigli il principio ivi riconosciuto della responsabilità del colono o dell'inquilino pel fatto dei suoi servi « quaeritur an scholaris ex delicto famuli sui et dominus pro delicto familiae teneatur? Veritas est quod: cum quis praeponit familiam ad officium et ipsa delinquit circa officium sibi commissum, tunc tenetur ». E nell'istessa acuta monografia si legge far fede di ciò ALBERICO da Rosate, che afferma nella sua opera *De Statutis*, lib. I, *quaestio* 47, esser ammessi quei principii negli statuti di tutta Italia, nè sembrare gravosi, anzi utili. Il CLARO il SONCINO, e in Francia il DONAT *(Lois civiles)* e il POTHIER ritennero parimente una responsabilità larghissima: e a tutti è noto come quest'ultimi ispirassero la maggior parte delle disposizioni del codice napoleonico. CLARO poi riconosce che in ordine all'azione civile *ex delicto*, la modificazione al diritto comune fu introdotta *propter publicam utilitatem.* E POTHIER parimente scrisse che questa disposizione fu stabilita « *per rendere attenti i padroni* a non servirsi che di buoni domestici » (2). Le quali parole furono da alcuni fraintese, perchè credettero di scorgervi la presunzione

(1) *Delitti e quasi-delitti*, nel « Digesto Italiano », vol. IX, parte I.

(2) *Trattato delle obbligazioni*, parte I, cap. I, § 2.

assoluta di colpa: mentre da chiunque le legga la prima volta, non vi si trova che il principio della *prevenzione.*

9. Dalla violazione del principio della personalità della pena scaturiva anche la universale consuetudine di tenere obbligate almeno al risarcimento tutte le persone del villaggio *(Marca)*, in cui era commesso un reato, nel caso se ne ignorasse l'autore, specie se si fosse danneggiata la proprietà, talora tutti gli abitanti delle ville vicine e fin quelli di tutta la provincia! (1). E qui entra molto a proposito qualche cenno di tali idee radicate in Francia prima della codificazione di Napoleone.

Il TOULLIER nella sua opera *Droit civil* (sect. II, cap. 2.°), è pieno di sdegno e di rimpianto per il tradizionale dispregio dei principii supremi dell'imputabilità che si nota nella terra di Francia, e giustifica la punizione degli abitanti d'un borgo pel furto o danneggiamento operato da un individuo qualsiasi, sotto Clodoveo II, ma non può rassegnarsi che una tale disposizione « così evidentemente contraria ad ogni principio di giustizia » si trovi inserita nella legge famosa sulla polizia interna del 2 ottobre 1795. E continuando nella dolorosa rassegna delle barbare leggi, dice: « quest'oblio di principii e queste ingiustizie, delle quali non si rinviene alcun esempio nella legislazione romana, non sono in Francia particolari ai nostri tempi rivoluzionarii », e cita il regolamento fatto dal Parlamento di Brettagna ai 10 settembre 1736 il quale rendeva i confinanti di terre incolte responsabili dei danni ed interessi per la distruzione dei fossi formati dagli *afféagistes* (feudatarii). « È penoso, egli esclama, per un francese d'essere forzato a convenire che nella sua patria si è in tutti i tempi così evidentemente traviato dai principii d'imputazione dettati dalla ragione! »

Ebbene, fu dalla legislazione di tale Stato che pervenne nella nostra la disposizione dell'art. 1153. « Non si doveva, prosegue

(1) V. SALVIOLI, *Manuale di Storia del dir. ital.*, parte V *passim*, Torino, 1899.

il TOULLIER, attendere un ritorno a questi principii dalla parte di Napoleone il quale calpestò scandalosamente sotti i piedi i più sacri diritti dell'uomo, ma si poteva sperare di vedere rivenire a questi principii di eterna giustizia quei celebri giureconsulti, quegli uomini di stato che furono incaricati della compilazione d'un codice fatto per trasmettersi alla posterità e per servire di modello alle nazioni vicine ». Ciononostante, egli conclude, « non vi si ritornò interamente ».

10. Dopo aver esaminato le ipotesi di responsabilità per fatto altrui nascente da convenzione tacita o presunta (osti, vetturini e albergatori), il TOULLIER viene a quella dell'art. 1384 (1153 codice civile italiano) sulla responsabilità per fatto altrui stabilita dalla legge. S'indugia sulla responsabilità del padre pei fatti dannosi dei figli minori coabitanti con essi, e si compiace che il nuovo codice non abbia riprodotta l'inibizione della prova di non aver avuta colpa « partendo dalla falsa supposizione che il padre può sempre prevenire ed impedire ai suoi figli di commettere delle colpe ».

« Niuno è tenuto all'impossibile, egli più innanzi dice, niuno è imputabile di non aver fatto una cosa che non era in suo potere: questo è un assioma di eterna verità ». Orbene, quelle ingiustizie, quelle assurde e cieche ipotesi di responsabilità pel delitto di altre persone, la violazione della regola fondamentale d'imputazione che ciò non permette e che si trova « solo presso i popoli ancora barbari, nei quali il lume della ragione è rimasto circondato da tenebre », e d'altro lato questi sani e supremi principii di ragione e di diritto che destano nel TOULLIER amarezza, se oltraggiati, ed entusiasmo, perchè trionfino, egli non li ravvisa più tali quando passa alla responsabilità dei padroni e dei committenti, i quali è giusto siano sempre condannati al risarcimento, perchè essi *possono* e debbono dirigere le azioni dei loro dipendenti. Così al suo pensiero non si mostra il campo d'ipotesi, in cui come in ogni ordine di fatti umani, i padroni e i committenti sia nella scelta, sia nella vigilanza *non abbian potuto* impedire che il danno av-

venisse. Questa serie di casi è anzi offuscata dallo strano concetto che il fatto dannoso del dipendente sia stato *comandato* dal padrone e dal committente, concetto che sarà combattuto più oltre.

11. Dalle generali considerazioni svolte innanzi sui molteplici principii d'imputabilità dominanti fra i Germani e all'epoca statutaria è uopo trarre deduzioni concrete che riguardino più particolarmente il mio tema.

a) Il risarcimento, come si è accennato, si compenetrò, nel periodo germanico, quasi interamente con la pena; il guidrigildo, nei primi due periodi germanico e feudale, fu una composizione pecuniaria coll'offeso, e quando al principio della privata vendetta si sostituì quello della pena da infliggersi dalla sovranità dello Stato, non potè il risarcimento svestirsi dell'idea di punizione, cioè conseguenza del proprio delitto, benchè riguardasse una soddisfazione in danaro, quasi pagamento d'un'obbligazione privata contratta per mezzo della legge (SALVIOLI). In sostanza è questa l'indole del risarcimento (in seguito a un delitto) anche nell'odierno diritto: benchè si parli d'*azione civile, responsabilità civile*, non si tratta in fondo che di pena, non annoverata fra quelle comminate dal codice penale, non rivolta alla soddisfazione della giustizia sociale infranta, ma *in riguardo all'offensore*, pena certamente. La responsabilità civile nasce anche essa (spesso) da un vero delitto; questo allora è la causa unica che a quella deve inevitabilmente condurre; e si tratti di responsabilità civile o penale, si ha sempre una *conseguenza* del reato che nel secondo non meno che nel primo caso è legata al fatto d'un uomo, alla sua libera volontà che ha infranto il diritto e su lui deve ricadere. Si farà cenno più innanzi d'una teoria che tra i presupposti ha quello appunto combattuto, che cioè il risarcimento del danno conseguente a un delitto non sia una *pena*.

b) Fin quasi ai nostri giorni prevalse nelle leggi, come si disse, l'elemento obbiettivo d'un reato o fatto dannoso in generale; ciò che importava confusione tra dolo, colpa e caso (cosiddetta *sors*

barbarorum) (1), riparazione immancabile, imprescindibile del danno prodotto, accagionamento delle pene a chi non avesse peranche colpa in quello, specie quando si trattasse d'un nocumento alle proprietà, che non poteva tollerarsi fossero impunemente rovinate senza reintegrazione.

Il servo obbligò il padrone non perchè questi si considerasse quale correo, ma per la stessa ragione per cui un danno prodotto da un conterraneo, dall'abitante d'una villa, d'un contado, se quello fuggiva o era ignoto, doveva ripararsi da tutti gli altri vicini e coabitanti della villa o del comune, cioè perchè il danno non poteva rimanere senza risarcimento (2). Un legame, un concetto preciso, che giustificasse la solidarietà, la compartecipazione alla pena in tali casi, non si ritrova; e, se ciononostante quella si ammise nell'ipotesi della responsabilità dei conterranei, in quella dei padroni la responsabilità doveva avere un vago e incerto fondamento nel legame di servitù intercedente tra quelli e il servo offensore. Ma non si parli di colpa, che in quei tempi si confondeva con dolo, di guisa che per una strana concezione della risarcibilità del danno prodotto si saltava senz'altro alla pena d'un terzo, quantunque non altro si potesse a costui rimproverare che il non aver potuto resistere a una forza maggiore o prevedere un caso fortuito.

12. *c)* Oltre questo principio d'immancabilità del risarcimento d'un danno prodotto, lungamente vigette la legale consuetudine, come si è altresì accennato, di far pagare una pena, mancando il delinquente, a coloro che gli eran legati da parentela o da un vincolo qualsiasi di dipendenza, di famigliarità, e non perchè si dovesse da qualunque individuo e in ogni caso riparare il danno; ma per un'incomprensibile, ingiustificabile idea di corresponsabi-

---

(1) V. VIGNALI, *Commento al cod. civ.*, vol. IV, lib. III, tit. IV, § 407.

(2) V. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, ecc., « Rivista di Schupfer », XXIII, 3, XXIV, 1, 2, 3, XXV, 1; SALVIOLI, *Consortes et colliberti*, Modena, 1883.

lità, d'unicità giuridica di personalità tutta estrinseca, formale, inconsulta, cieca, non poggiante sul fatto obbiettivo del reato, ma su di un principio indefinibile, per cui talora i discendenti della 2.ª, 3.ª e fin 4.ª generazione portavan anche la pena *corporale* che spettava agli ascendenti (1).

d) Si è anche più sopra ricordato che, salvo la corrente di idee miti e razionali della Chiesa, negli altri Stati, nei Comuni, pel diritto germanico, nella punizione dei reati si ebbe per iscopo la prevenzione, l'esempio, l'impaurimento, i quali principii degenerando poi e sdrucciolando nell'estrema ingiustizia e falsità, trascinarono al selvaggio e crudele sistema inquisitorio delle repubbliche aristocratiche, alle prove atroci, alle torture che macchiarono di sangue e d'infamia la storia del medioevo. Quanto ai padroni e ai committenti lo scopo della loro responsabilità illimitata, secondo alcuni però solo in riguardo al risarcimento, fu appunto preventivo: avviso e comando di sorveglianza nella direzione e prudenza nella scelta. E già si è visto come tale opinione trovi pienissimo riscontro nelle parole del Claro e del Pothier.

13. Analizzati i varii principii sulla risarcibilità del danno, nell'epoca anteriore alla codificazione napoleonica, nella quale per opera del Pothier passarono, certo in gran parte mitigati e corretti, meno per quanto riguarda la responsabilità indiretta; appare evidente come siano essi il fondamento, il sostrato su cui si adagia la disposizione dell'art. 1384 del cod. franc. 1810. Dettata nel suolo francese, dove il Toullier ci attesta esser stato sempre a preferenza disconosciuto il principio della personalità della pena, può insomma dirsi poggi sui seguenti criteri: persuader coll'eloquenza della minaccia severa e non vana i padroni e i committenti ad usar la massima circospezione nella scelta dei committenti e dei domestici, e a sorvegliarli rigorosamente: principalmente assicurare la riparazione del danno ai terzi i quali devono aver rapporti con tali persone.

(1) Vedi Pertile, loc. cit.

Motivi del Codice francese.

14. Queste affermazioni risulteranno ancor meglio fondate, esaminando attentamente i motivi e le discussioni preliminari della codificazione napoleonica. È notevole che al Consiglio di Stato francese (seduta 24 novembre 1803) *M. Bigot Préameneu*, relatore del progetto del codice civile, aveva presentato l'art. 19 (1384) in cui anche i padroni e i committenti si dichiaravano responsabili « a meno che non provino che essi non han potuto impedire il fatto che dà luogo a tale responsabilità ». La sezione legislativa del Tribunato al contrario (16 *nivôse*, an. XII, cioè 17 gennaio 1804) espose la necessità di sopprimere dal capoverso i padroni e i committenti, sostituendovi gli *artigiani* e gli *institutori*, giacchè era sufficiente il limite della responsabilità rappresentato dal dovere il fatto dannoso esser commesso « nell'esercizio delle funzioni » a cui si era destinati. Stante la primiera redazione « potrebbe avvenire che essi (i padroni e i committenti) non sarebbero affatto tenuti del danno solo, perchè non erano stati presenti: ciò che sarebbe contro l'intenzione degli autori del progetto di legge. E ciò sarebbe pericoloso » evidentemente per coloro che vengono a contatto coi colpevoli, mentre si esimerebbero da responsabilità i committenti e i padroni anche quando « le dommage eût été commis à de fonctions auxquelles les domestiques et préposés auraient été employés ».

M. Treilhard, consigliere di Stato e oratore del Governo (seduta del corpo legislativo 30 gennaio 1803) disse che « la responsabilità dei padri, degli institutori, dei padroni è una *garanzia* e spesso la sola garanzia della *riparazione dei danneggiamenti* ». Conchiuse notando l'*utilità* di chiamare responsabili quelle persone che sarebbero per ciò *più prudenti ed accorte*.

M. Bertrand de Greuille (seduta 16 febbraio 1803) nel suo rapporto al Tribunato partiva dalla convinzione, che i padroni e i committenti « non possano in alcun caso argomentare per l'im-

ossibilità in cui pretenderebbero d'essere stati d'impedire il lanno recato dai loro domestici o preposti nelle funzioni alle quali ono stati impiegati ».

« Sarà giusto — egli quindi prosegue — che dei terzi restino ittime di questa confidenza inconsiderata che è la causa prima, a vera origine del danno ch'essi risentono? » Logicamente la onfidenza egli la ritiene *sempre* inconsiderata, escludendo possa nancarvi la colpa. Dalla erroneità di questa premessa è generata 'erroneità della conseguenza e scaturisce l'ingiustizia della reponsabilità assoluta, perchè la *confiance* può benissimo non ssere la *cause première*, la *véritable source du dommage.* Quella responsabilità può quindi rappresentare luminosamente tut'altro che alcunchè di *très équitable:* nulla v'ha di più inesatto falso dell'asserzione che « la loi ne fait ici que ratifier ce que *'equité* commande », quantunque « de fréquens et trop fâcheux xemples le rendent necessaire (prevenzione) » e quantunque, come i afferma inesattamente, « la jurisprudence de tous les temps et le tous les pays l'a consacré ». Quella disposizione legislativa, ome s'è visto, denotò piuttosto violazione che riconoscimento dei upremi principii di ragione.

15. Nel discorso detto da M. Tarrible (seduta del corpo legilativo 9 febbraio 1803) l'idea della prevenzione è predominante e lel tutto esplicita. È notevole come egli non avverta essere esclusi padroni e i committenti dalla prova di non aver potuto impelire il fatto dei domestici e dei commessi. Pare che il silenzio lella legge non significhi per lui esclusione di quelli dalla detta rova; altri però crede si tratti pel Tarrible di un'involontaria mmissione (SOURDAT). A riguardo di tutti i chiamati responsabili ivilmente egli dice che essi « sono investiti d'un'autorità sufficiente er contenere i loro subordinati nei limiti del rispetto e del dovere erso le proprietà altrui. Se i subordinati li frangono, queste colpe ono attribuite a ragione al *rilasciamento della disciplina* dometica ch'è affidata alla madre, al padrone, committente, istitutore d artigiano. Questo rilasciamento è una colpa: esso forma una

specie di danno indiretto, ma sufficiente per fare risalire ad essi il dovere della riparazione. Questa responsabilità è *necessaria per tener ben desta l'attenzione dei superiori* sulla condotta dei loro inferiori, e *per ricordare loro gli alti doveri* della magistratura ch'essi esercitano ».

Conclusione.

16. Messo a nudo il vero principio informante la disposizione dell'art. 1384 cod. franc., simile nello spirito e nella forma a quello dell'art. 1153 cod. civ. italiano, la *praesumptio juris tantum* di colpa s'intende, ma non quella *juris et de jure*, perchè non spiega l'esclusione della prova contraria; i due concetti di presunzione di colpa e di negazione della prova contraria sono tra loro incompatibili, secondo la più naturale e semplice logica. Si punisce infatti un individuo perchè *colpevole*, ma *quid?* se risulti, se egli dimostri ch'è innocente? La esclusione dalla prova contraria, non dice a note luminose che la mancanza di colpa nulla importa, che quindi in tale ipotesi si prescinde dalla colpa stessa? La presunzione assoluta di colpa è una giustificazione della legge superficiale e falsa, che cade al primo soffio; si è voluto render quella giusta col sostener che la colpa, essa, ha ben considerata come sua base e principio, ma poi la si è resa incoerente, d'una contraddizione che non può reggere, stridentissima. L'anomalia, l'irrazionalità della disposizione non si è così eliminata.

Esaminando la storia, s'è visto al contrario che quella poggia sulle imperfette concezioni, sui principii utilitarii prevalenti a quelli giuridici, su false idee di prevenzione, sulla barbarie, insomma, in cui respirava l'intelletto nel periodo germanico e statutario, specie nel suolo di Francia. Nata in quell'epoca, quella norma ha sue radici indubbiamente nei criterii indagati e svolti, e non è permesso darle motivi fantastici e arbitrarii; nè, come si è altresì dimostrato, al tempo della codificazione napoleonica s'era interamente liberata da quelli, poggiando su giusta e vera base

novella. Una solenne abiura infatti da quei principii primitivi e rozzi il legislatore non ha fatta con parole accennanti al progresso della scienza e della ragione; essi, dominanti, trionfanti prima, sono stati accolti in silenzio, forse inconsciamente (1), ma fors'anche giustificati e approvati (2).

Pertanto non deve combattersi la legge nella sua incoerenza ed illogicità, ma nella sua ingiustizia; non si dica che una *praesumptio juris et de jure* di colpa fa tacciare di contraddizione la legge, ma che anche della colpa nel dichiararsi punibile la umana persona non può farsi a meno; nè si cerchi di giustificare la legge medesima con la detta presunzione assoluta di colpa, perchè essa non è vera; o con altre teoriche che ne prescindono, perchè la colpa è la ragione di ogni responsabilità, ed esse non si fondano sulla storia e voglion rendere vitale una figura che ha giustezza esterna di membra, mentre l'anima non è dentro di esse che alita.

CAPO II.

CENNI DI LEGISLAZIONE COMPARATA.

17. Se si prendono in esame le norme dettate dalle varie legislazioni sull' ipotesi di responsabilità per fatto altrui, è uopo dedurre che il divieto della prova d' incolpevolezza (espresso in quella italiana) costituisce un'eccezione singolare e strana ai principii supremi di ragione tramandatici dal diritto romano.

I vecchi codici degli Stati italiani copiarono tutti dal francese,

---

(1) Opinione comune nella Letteratura tedesca. V. Barassi, monog. cit.

(2) Mi son fermato alla legislazione francese, giacchè la nostra ha accolte le disposizioni dell'art. 1384 cod. franc. senza alcuna discussione, come tante altre. Nè certo è questo un punto controverso. V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, Fonti, pag. 361, n. 252, anche per ciò che riguarda le ragioni per cui sorsero le ipotesi di responsabilità a carico dei padroni e committenti.

onde senza darsene, può ben dirsi, ragione, accolsero la rigida teoria napoleonica; fa eccezione il parmense (art. 2087).

Il Codice prussiano accoglie completamente la teoria romana, ed esige di più che la colpa debba esser provata (tit. I, 6, § 60-65).

Il Codice austriaco parimente stabilisce una presunzione *juris tantum* di colpa; ma il principale è responsabile solo, quando ammetta nel suo negozio una persona pericolosa (§§ 1314-1315).

Il Codice russo (art. 687) chiama i padroni e i committenti responsabili, « tranne se si provi che il padrone o il mandante non potevano prevedere la cosa o non potevano dare ordini in proposito ». Vale lo stesso principio per gl' imprenditori di ferrovie e battelli a vapore (art. 680).

Il Codice svizzero ammette una presunzione semplice di colpa (art. 62).

Il Codice germanico (§ 831) dispone anche in tal senso. Una proposta presentata al Reichstag (7 febbraio 1896) di stabilire a carico dei padroni e dei principali una più gravosa responsabilità fu vivamente respinta. Nei paesi tedeschi infatti son fortemente radicati i principii del diritto romano sulla responsabilità, e si è persuasi che quella di cui all'art. 1384 del Codice napoleonico fu un'innovazione *inconsciente* elaborata sulle teorie sostenute prima della rivoluzione dal Domat e dal Pothier (Steinbach).

Nella legislazione inglese non si accoglie nemmeno una presunzione *juris tantum*, ma è ritenuto dai giureconsulti che colui dal quale dipende chi produsse un danno, ne sia responsabile, con diritto di esonerarsi da tale responsabilità, dimostrando che non può imputarglisi alcuna negligenza.

Ammettono parimente il responsabile civile alla prova liberatoria il Codice civile dell'Uruguay (art. 1285), quello del Chilì (art. 2320), quello del Guatemala (art. 2278), e finalmente quello della Bolivia (art. 1345).

Dispongono al contrario conforme ai Codici francese e italiano quello della Repubblica Argentina (art. 1118, 1119), quello della Luigiana (art. 2296) e quello del Giappone (art. 393).

CAPO III.

TEORIA DELLA « CULPA » (*in eligendo* e *in vigilando*).

18. È questa la teoria più generalmente accolta non solo da eminenti giuristi (DURANTON, TOULLIER, COLMET DE SANTERRE, LAROMBIÈRE, DEMOLOMBE, LAURENT, DALLOZ, GIANTURCO, RICCI, SOURDAT, GIORGI, PACIFICI-MAZZONI, LOMONACO, ecc.), ma dalle Corti giudiziarie francesi e italiane. Non mancano del resto scrittori (GHIGI, GIORGI) che senza accogliere criteri diversi come fondamento degli articoli 1384-1153, ne notano l'incoerenza e biasimano di eccessivo rigore la legge. Dalla sola illogicità, come si accennò sul principio, sono spinti molti altri non meno illustri autori ad allontanarsi dalla teoria della colpa per abbracciare principii diversi che però giustifichino la legge medesima (CHIRONI, FERRINI, BOLAFFIO, BARASSI, BORSARI, ORLANDO, COVIELLO).

È indispensabile esaminar più particolarmente la teoria della colpa, accolta secondo molti, anzi per tutti quelli che la sostengono, dagli stessi legislatori, asserzione che ho cercato più innanzi di dimostrare infondata.

19. Il CHIRONI, nella sua eccellente opera *Colpa ex-contrattuale,* n. 164, scrive: « ricorrendo all'idea della presunzione di colpa in base alla cattiva scelta, in cerca di cogliere il fondamento della disposizione negli effetti suoi; e siccome non è ammessa prova in contrario, si parla di presunzione assoluta. Ma questo argomentare dagli effetti non è sempre buon metodo ». Questa osservazione è senza dubbio giustissima: dai legislatori infatti non è stata esplicitamente ammessa una tale presunzione, benchè siasi parlato di colpa nella scelta e nella sorveglianza, ma non si è detto, nè poteva dirsi che non ammettevasi prova contraria, perchè colpa ritenevasi esservi stata assolutamente. Pare nondimeno che non possa trarsi conseguenza diversa: si ammette la colpa nella scelta e nella sorveglianza e non si concede la prova

d'essere incolpevole; e non s'ha una presunzione assoluta di colpa? Ma acutamente osserva il Ferrini (1): « che l'addurre una presunzione di *iuris et de iure*, come l'addurre una finzione, non è spiegare un fenomeno giuridico, poichè le presunzioni assolute e le finzioni non sono che io stesso problema in forma diversa. Poichè rimane sempre a chiedere: perchè il legislatore qui inibisce la prova della carenza di colpa? E ove si rispondesse: perchè a lui parve che data pur questa carenza dovesse durare la responsabilità, chi non vede che saremmo tornati al quesito primitivo, donde abbiamo preso le mosse? » Il vero è che l'effetto è sproporzionato alla causa, all'intento, o meglio, non intravveduto, non supposto. La contraddizione e l'assurdità della presunzione assoluta di colpa sono una conseguenza logicamente inevitabile, ma non voluta. L'intento è stato soverchiato: si è mirato a un utile e razionale istituto, ma il mezzo è stato esagerato, nè si è pensato ai danni e alle violazioni di supremi principii di diritto cui tale disposizione doveva naturalmente trascinare.

Il tratto che separa la presunzione *juris tantum* da quella *iuris et de iure* non è stato scorso dal legislatore: questo tratto avvertito da coloro che debbono interpretare e applicare le leggi ai casi concreti (e certo nasce spontanea la ricerca d'un principio che autorizzi a non tener conto della colpa che un individuo ad es. non abbia) rappresenta un rigore grave, una severità eccessiva ispirata da criterii di utilità sociale male intesa. I padroni e i committenti in ogni caso *debbono* avere la più accurata diligenza e sorveglianza sui loro domestici e commessi: la presunzione semplice li obbligava a tanto, quella assoluta li costringe a ciò che spesso *non possono:* ecco come un'idea non esagerata, un criterio legislativo forse buono, per conseguire maggior energia ed efficacia nella norma da esso informata, riesca poi lesiva di altri principii, di altri diritti non meno importanti e intangibili.

---

(1) *Delitti e quasi-delitti*, « Digesto Ital. », 1899.

20. Ma se anche nel pensiero dei legislatori prevalse l'idea di una presunzione assoluta di colpa (ciò che potrebbe dirsi solo per M. Bertrand de Greuille, come si è visto), sta sempre di per sè il fondamento vero non delineato limpidamente da quelli. Le idee da essi espresse sono del resto giustificazioni, direi, soggettive, e non hanno la forza di trasformare ciò che ha sua base nella tradizione storica. Questa infatti non poteva consacrare costantemente norme fondate su d'un equivoco e d'un errore di fatto, cioè che la colpa, dati quei rapporti, possa realmente esservi sempre (ciò che l'esperienza, se non altro, avrebbe dimostrato assurdo, e tale si cercherà di dimostrare or ora), ma al massimo norme informate a falsi principii di diritto o d'opportunità sociale (interesse dei terzi e necessità del risarcimento, prevenzione). Malgrado quelle idee, è uopo dunque porsi alla ricerca d'un altro fondamento che resista agli assalti d'una critica razionale: si vedrà in tal modo facilmente che il criterio della prevenzione offusca le prime, vince sul pensiero dei legislatori e lo distoglie da una scrupolosa e minuta analisi di esse.

21. *(Possibilità immancabile d' incolpevolezza).* Il fondamento storico della responsabilità assoluta dei padroni e dei committenti non è giuridico e nell'istesso lato utilitario è eccessivo. Si vuol far accorti i padroni e i committenti in un ufficio delicatissimo e grave? Ebbene, a ciò è necessaria, è vero, ma basta una presunzione *juris tantum* di colpa; si vuol garentire il pubblico ch'è costretto a contrattare con i dipendenti, e nutre fiducia nell'oculatezza del preponente o del padrone? Ma non si trascuri per questo il diritto di costoro di non esser chiamati responsabili per un fatto che *non han potuto impedire.* Monsieur Bertrand de Greuille disse che tale ipotesi è inammissibile. È accettabile quest'asserzione? Ecco un punto delicatissimo. Se si risponde infatti affermativamente, diranno i propugnatori della teoria della presunzione assoluta di colpa, che nulla è più ragionevole di quella, e per ciò fu accolta. Su questo punto vitale non si è però fatta gran discussione dai legislatori francesi, quantunque fosse molto

seducente l'idea che l'esclusione dalla prova di non aver potuto impedire il fatto dannoso fosse ispirata dalla positiva convinzione che *sempre* si potesse, e che perciò il committente o il padrone non dovesse sperare di eludere con mezzi astuti e con testimonianze fallaci il rigore della legge, l'imposizione d'un grande dovere di prudenza e di diligenza. Tale questione di fatto al contrario non fu posta: si disse che si puniva perchè vi fu colpa, ma non si spiegò che si puniva sempre perchè doveva esservi *necessariamente e in ogni ipotesi* colpa; che il giustificar l'impossibilità d'impedire un fatto dannoso importasse la vile scusa della propria negligenza e della propria colpa. Il solo Bertrand de Greuille fa un'asserzione gratuita, un'affermazione di sfuggita, senza però brigarsi di esaminar le varie ipotesi e le diverse contingenze.

22. Tale leggerezza e superficialità in un esame di sì vitale importanza, ingenerata dall'idea predominante di sbigottire i committenti e i padroni, e ridurli a una circospezione suprema, parve giustificata da una limitazione estensiva della responsabilità, e cioè che quelli allora dovessero risarcire il danno, quando fosse avvenuto in occasione delle funzioni a cui i domestici e i commessi furono destinati. Su questa limitazione, infatti, tutti coloro che ammettono la presunzione di colpa (TARRIBLE, DURANTON, RICCI, GIORGI, ecc.) si poggiano moltissimo, ritenendo che allora solo possa intendersi la colpa immancabile, che allora è imprescindibile l'obbligo d'un'ottima scelta e d'una scrupolosa vigilanza.

Ma nel dettar la disposizione di cui all'articolo 1384 codice francese non si badò a tutto questo, perchè, è bene ripeterlo, si guardò meno all'effettiva imputabilità dei padroni e dei committenti che al loro *dovere* nella preposizione d'individui a taluni uffici, e all'interesse dei terzi che possano danneggiarsi. In una parola, quella limitazione era connessa all'idea d'un legame, d'una corrispondenza, d'una solidarietà tra padrone e domestico, committente e commesso, la quale nelle azioni estranee alle incumbenze degli ultimi non s'intende. Dominò quindi anche in tale argomento il pensiero che solo in occasione del disbrigo delle affidate incum-

benze si *dovesse* esser sempre massimamente accorti, non quello *che in tal guisa sempre si potesse*, che fuori di tali limiti cessasse la possibilità della colpa.

23. Oltre questa limitazione, sia dagli scrittori quasi generalmente (Giorgi, Ghigi, Larombière, Sourdat, Toullier) che ad unanimità dalla giurisprudenza, si ammettono due altre condizioni perchè s'incorra nella responsabilità: *a*) che la scelta sia libera; *b*) che si sia in grado di sorvegliare: la prima dedotta da un principio di ragione, che cioè senza libertà non v'è imputazione giustificabile: la seconda, perchè, mancando, non può sorgere addirittura il rapporto di servigi.

Riguardo alla scelta, non manca la libertà solo se sia necessaria l'assunzione dei commessi e dei servi (anche in tal caso si ritiene la scelta possibilmente libera da alcuno, es. Orlando) o imposta per legge, ma anche per riflessi d'indole estranea e sociale. Ed è qui opportuno riferire ciò che scrive al riguardo il Laurent (1): « In quanto alla colpa che si rimprovera al committente d'essersi affidato a persone cattive, male accorte ed imprudenti, essa suppone che i padroni hanno la scelta dei preposti. Un tempo forse era così, ma oggi le cose sono mutate. Si domandi alle signore di casa, se hanno la scelta delle loro domestiche. Si domandi ai capi delle industrie, se loro è possibile la scelta dei loro operai, prendendo i più capaci od i più morali. Si avvicina il tempo in cui i domestici e gli operai detteranno la legge ai padroni e ai committenti. In quest'ordine di cose, la presunzione di colpa sulla quale è fondato il rigore della legge non ha più ragione di esistere ». Ed il Giorgi (2): « ..... Non meno strano ed assurdo è il rimproverare il difetto di scelta, quasi che nelle presenti condizioni della società, la scelta sia sempre libera, o possa nonostante le cure che s'impiegano, riuscire illuminata ».

---

(1) *Principes de droit civil*, tomo XX, n. 588.

(2) *Teoria delle obbligaz.*, vol. V, n. 252, 1900.

La libertà della scelta non è però, si badi, esplicitamente supposta dalla legge: « Purtroppo, scrive il GIORGI (1), noi torniamo a ripeterlo, la disposizione dell'art. 1153 è in questa parte dissonante dai dettami della giustizia e dalle condizioni di civiltà dei nostri tempi. È duopo dunque che *una saggia interpretazione* ne renda almeno più lievi le ingiuste conseguenze ».

24. Quanto alla condizione della sorveglianza, a prescindere dall'incertezza di un criterio che possa così contraddistinguere il rapporto di servigi, e che facilmente nelle opinioni soggettive e variabili dei dottrinarii e dei magistrati può divenir mezzo indiretto di elusione dell'art. 1153, quella non è senz'altro ammissibile, stante il nudo testo della legge. Il GIORGI minutamente designa i limiti entro cui debba intendersi il rapporto di commissione ai sensi del citato articolo (2). Secondo l'illustre giurista, a meno che il preponente siasi espressamente riservata la facoltà di dare ordini o almeno istruzioni al preposto, il diritto e il dovere di sorveglianza vengon meno: 1. quando il commesso si trovi già sotto la dipendenza di altra persona, la quale non sia sotto gli ordini del preponente: ad es. un pubblico ufficiale cui si affidino incumbenze; un artefice che stia ai servizii d'un imprenditore conosciuto, ecc.; 2. quando il preposto, per la natura del rapporto col preponente, o per le relazioni contrattuali, abbia libertà illimitata nell'esercizio delle sue incumbenze: ad es. il colono, il mezzadro, l'affittuario, una guardia campestre privata; 3. quando le incumbenze richiedono cognizioni speciali ignote al committente, ed il danno sia appunto conseguenza del modo con cui il commesso, perito nell'arte sua, l'ha voluta esercitare (questo criterio non è ammesso dal LAURENT, LAROMBIÈRE e da molti altri).

In sostanza si vuole anche dal Giorgi una *dipendenza*, come richiedesi da molti scrittori e da una numerosa giureprudenza.

---

(1) Ibid., n. 329.

(2) Op. cit., n. 327.

Così il FERRINI [1]: « Solo chi mette *in moto* un'attività deve risentirne gli effetti. Ma non basta una semplice iniziativa; occorre una *dipendenza*, in cui la persona venga costituita riguardo a noi. Ciò è conforme al significato di *committente e commesso*, da cui non v'è motivo di allontanarsi; ciò corrisponde alla genesi storica della disposizione, che in origine era stabilita pei *serviteurs* e per gli *ouvriers* rispetto ai loro *maîtres* ».

25. Malgrado queste limitazioni numerose al rapporto di commissione anche il committente, inteso in quel senso, può talora essere incolpevole: io non credo sia possibile stabilir *a priori* un ordine di fatti, una serie di circostanze, in cui *sempre* un individuo possa impedire il fatto dannoso che stia per operarsi da altri. E per vero, mentre è evidente che la serie di condizioni voluta dal Giorgi e da molti altri mira a restringere nel limite del possibile la responsabilità dei committenti e dei padroni, essi però vogliono specificare in quali casi sorga il *rapporto di commissione* e di *locazione d'opere*. Ora, dato qualsiasi vincolo stante il quale si stia perfino a contatto col dipendente, può sempre darsi che un fatto non possa impedirsi dal committente o dal padrone. E anche ridotta l'esistenza di quel rapporto a una *quaestio facti* (Giorgi) da risolversi dall'apprezzamento del magistrato, o s'intende di esaminare, se il committente preteso abbia potuto impedire il fatto dannoso, e in tal modo si va contro la legge, o se vi sia rapporto di commissione o locazione d'opere, e allora, ravvisatolo, non si potrà da esso solo dedurre se colpa vi sia stata o meno. La colpa è imprevedibile, quantunque, di per se stessa negativa, supponga il dovere d'un fatto positivo; l'*obbligo*, dato che *razionalmente* esista, spesso non può adempiersi. Ed ecco sempre l'origine dell'errore e dell'ingiustizia; il magistrato dirà che rapporto di commissione o di locazione d'opere v'era, e ne dedurrà che il committente *doveva* sorvegliare: astrat-

(1) *Delitti e quasi-delitti*, nel « Digesto Ital. », v. sopra.

tamente dunque parrebbe che la responsabilità non possa declinarsi; ma nel fatto, nella pratica le cose son ben diverse dall'idea che di esse l'intelligenza può formarsi. *Dovere* non è sempre *potere*. Nè si dica che, data facoltà al magistrato di ravvisare o meno in date attinenze il rapporto giuridico di commissione, si è in tal guisa eliminato il cieco rigore, perchè quegli formerà il proprio convincimento sull'idea della possibilità che i padroni e i committenti avevano d'impedire il fatto dannoso. Difatti egli deve costruire il rapporto *giuridico*, in quanto cioè v'era l'*obbligo* della sorveglianza; tanto vero che ad esempio un cocchiere, che è certamente un *domestico*, può commettere un fatto che il padrone non potette impedire; eppure il magistrato deciderà che v'ha il rapporto di locazione d'opere, e la responsabilità del padrone non potrà declinarsi in nessun caso!

26. La esattezza di tale ragionamento parmi intuitiva: che i padroni e i committenti possano trovarsi, qualunque concreto rapporto si raffiguri, nell'impossibilità d'impedire il fatto dei loro dipendenti, non può seriamente mettersi in dubbio. Nulla di più agevole a una meditazione spassionata, che il rinvenire cento motivi, cento contingenze d'imprevedibilità, d'inevitabilità del danno da parte dei committenti e dei padroni: l'assenza indispensabile per propri affari, specie il costume in taluni di quelli (es. chi abbia un cuoco, un cocchiere, un servitore) di non frammischiarsi in faccende che non saprebbero o non potrebbero disbrigare personalmente o sorvegliare perchè di esse ignari, la frequente mancanza inevitabile di immediata direzione per mille motivi, son tutte ragioni io credo plausibili e vere e tali da giustificare una eventuale impossibilità da parte dei padroni e dei committenti, d'impedire il danno dei domestici e commessi. I costumi, le abitudini, specie nel campo del diritto privato, non possono nè debbono trasandarsi, quando si tratta *de iure condendo*.

27. Nè poi quanto alla scelta è giustificabile e più fondata, come si accennava, un'esclusione d'incolpevolezza: quand'anche libera, quando anche non imposta e determinata dalla legge, può

ben verificarsi l'ipotesi di incolpabilità nella scelta medesima. Si consideri infatti, che spesso non è l'imperizia o la negligenza nella propria arte cagione d'un fatto colposo da parte del dipendente, e fin a un dato punto sarebbe lecito addebitare per tal verso ai padroni e ai committenti una mancanza qualsivoglia, talora il fatto dannoso deriva dalla malvagità della persona scelta. Nè si dica che in tal caso non si risponda ai sensi dell'art. 1153, perchè può ben avvenire che le funzioni di cui quella è rivestita, ne siano appunto non solo l'occasione ma anche il mezzo: non è concepibile una relazione più intima tra servizio e fatto dannoso. Ciò si verifica più manifestamente nei fatti fraudolenti, in cui predomina la spinta dell'interesse. Il legame poi tra l'azione illecita del dipendente e la colpa in colui che ha scelto, non è facile a ravvisarsi quando quell'azione sia *colposa*; la *capacità* e la *disposizione* a tali fatti sono, può ben dirsi, irriconoscibili *a priori* nell'animo d'un individuo, non avendo spesso alcunissima relazione con i difetti di negligenza e imprudenza; un individuo infatti che sia scrupolosissimo e diligentissimo nel disbrigo delle sue incumbenze, può commettere un fatto colposo.

Di queste due ipotesi ecco tre esempi:

L'amministrazione d'una società per trasporti, secondo il DURANTON (1), è responsabile pel danno cagionato dal conduttore d'una diligenza in una rissa sorta e occasionata dal servizio della diligenza stessa o con un viaggiatore o con qualcuno che abbia fatto degli accomodi alla vettura. La responsabilità in tale ipotesi non è certo fondata sulla mancata sorveglianza, ma sulla imprudente scelta di tale persona a quell'ufficio; ed è questa l'opinione del DURANTON.

Il fatto del domestico di essersi appropriato del danaro che gli era stato consegnato per pagare le provvigioni e di avere altresì ingannato il padrone, secondo il SOURDAT (2), fa incontrastabil-

---

(1) *Cours de droit civil franç.*, n. 714.

(2) *Traité de la responsabilité*, n. 928.

mente costui responsabile verso il mercante. Anche qui si parte dalla colpa nella scelta, essendo appunto il SOURDAT sostenitore della presunzione assoluta di colpa *in eligendo*.

Tolgo dal RICCI l'ultimo esempio (1): Un individuo consegna al servo un fucile carico, perchè lo porti in casa d'un suo amico o per uccidere un animale: nel disimpegnare tale incarico « il fucile esplode e ferisce *casualmente* una persona »: in tal caso il padrone è responsabile del danno, perchè « questo si è verificato allorchè il domestico compiva la commissione da quello datagli ». E pel RICCI quella responsabilità scaturisce dal principio appunto che i padroni e i committenti hanno l'obbligo « di scegliere persone oneste e atte all'ufficio cui si vogliono destinare ».

Ora, nelle due prime ipotesi la perversità dell'animo può ben essere latente o dissimulata al momento della scelta: o può progredire in seguito, o mostrarsi la prima volta (col fatto illecito) come lampo sinistro. Nell'intimo dell'uomo non può penetrarsi: e un maligno germe, se pur vi fosse, sfugge talora anche al persistente sguardo scrutatore d'un uomo che voglia rigorosamente sorvegliare. Non so poi come possa parlarsi di colpa nella scelta di un servo, al quale per disavventura accada di fare esplodere un'arma e di produrre in tal guisa un danno.

28. Tolto per tal guisa l'estrinseco e formale vincolo giuridico tra le due persone, l'una dovrebbe rispondere talora d'un fatto che all'altra *esclusivamente*, secondo la più stretta logica, deve addebitarsi: quanta ingiustizia può esservi in ciò, non è chi non vegga. Sembrerebbe peraltro naturale quando alcuno dipendendo da una persona, *in officium et propter officium* rechi un danno, rivolgersi contro di essa per dirle: ma voi avete ad ogni modo assunta quella persona a quell'ufficio, voi avete scelto, voi avete riposta fiducia in tal uomo; voi siete unica e vera causa del danno. Effettivamente chi ha scelto è causa in sostanza, sia anche

(1) *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, vol. VI, n. 97.

indiretta, del danno, ma tutto il precedente ragionamento serve a dimostrare che talora può essersi di quello causa *involontaria* nel senso più vero di tale parola.

La verificabilissima ipotesi della mancanza assoluta di colpa dedotta dalle riflessioni svolte innanzi, è la ragione più convincente che il pensiero dei legislatori era tutto rivolto ad altre idee, al danno dei terzi da risarcirsi, mentre essi avevan fidato nelle persone da cui sono state danneggiate. E mentre si tutelavano degl'interessi, si violavano dei diritti sacri e intangibili.

29. (*Contraddizioni nei sostenitori della teoria della* culpa). Da parte di coloro stessi che sostengono la teoria della *culpa* non è raro trovar considerato il danno dei terzi e il principio di prevenzione: contraddizione, se non erro, inconciliabile, perchè, se si parte da colpa presunta nei padroni e committenti, non dovrebbe aversi ad altro riguardo. Le idee di opportunità fan sorgere il sospetto che il fondamento assegnato a tale responsabilità civile non scaturisca da un esame immediato e subbiettivo della imputabilità delle persone chiamate responsabili, ma dalla pratica e grande convenienza d'una norma che le obblighi appunto, non badando che si tratta di *responsabilità per colpa* (secondo gli autori medesimi), e che non può trascurarsi l'esistenza o meno della colpa stessa, come se quel principio fosse una solenne e vuota affermazione, che non si potesse o volesse far seguire da alcuna considerazione nei fatti concreti. Così il Sourdat scrive a tal proposito (1): « Nel caso che ci occupa la responsabilità in quanto alla sua estensione si misura molto più sul *danno effettivamente cagionato* che sulla colpa della persona civilmente responsabile. Si domanda a questa il risarcimento del danno cagionato dal fatto altrui. È dunque soprattutto dell'estensione di questo danno che uno si occupa. Non si considera la sua propria colpa che di una maniera *secondaria*, senza inquietarsi di *proporzionarvi esattamente il risarcimento* ».

---

(1) Op. cit., n. 752.

30. È notevole ciò che l'esimio giurista scrive più appresso: « ..... nel caso la colpa intera ricada veramente sopra l'agente, se il padrone o il committente prova che non ha potuto impedire il fatto dannoso, quantunque avesse fatto uso della più esatta sorveglianza, se egli non è condannato che in conseguenza della presunzione legale dell'art. 1384, egli deve avere il suo regresso contro l'agente, poichè questa presunzione non è stabilita che nell'*interesse dei terzi* per premunirli contro le conseguenze fatali della *negligenza* dei padroni e committenti o delle *cattive scelte* che essi potrebbero fare prendendo degli impiegati incapaci, viziosi e sovente insolvibili. Ma non si è avuta intenzione di dare ai preposti di ogni genere un brevetto d'impunità per tutti i casi in cui un'altra persona può rispondere dei loro atti. ..... Invano l'agente pretenderebbe di respingere l'azione in garentia, dicendo che colui che l'esercita, essendo dichiarato responsabile dalla legge, spetta a lui di soffrir tutte le conseguenze del fatto. Non sarebbe questa che una sottigliezza di cui i tribunali farebbero subito giustizia, perchè noi, lo ripetiamo ancora, la responsabilità civile è stabilita *verso i terzi e nell'intesesse di essi* ».

Oltre che ribadirsi sempre più quest'ultimo concetto (da uno scrittore che sostiene la teoria della colpa), si afferma qui un principio che da quasi tutti gli scrittori è del pari ammesso, che cioè allorquando la colpa sia *sola del dipendente* e *non anche del committente o padrone*, questi può invocare il *subingresso legale* contro l'autore diretto del danno. Prescindendo dalla niuna utilità quasi sempre che a costui può derivare dall'attribuzione di tale diritto, essa dà luogo alle seguenti riflessioni. Sostenendosi la teoria della colpa, si fa il caso d'un padrone o committente che non sia in colpa, ma in tale ipotesi non si è alieni dall'ammettere la responsabilità civile a carico di chi fu incolpevole. Egli però, obbligato sempre *principalmente* e senza beneficio d'escussione, ha il subingresso. Tale responsabilità, in una parola, si paragona (come fa il Sourdat) alla fideiussione, alla garantia, ma non si trasforma affatto in esse, da cui sostanzialmente differisce, e pertanto questo

obbligo al risarcimento del danno non nasce nè da un principio di diritto penale, mancandovi dolo o colpa, nè da un principio qualsiasi di responsabilità, nè da un principio di diritto civile, non potendosi parlare di convenzione espressa o tacita, o di un contratto presunto, mentre se ne dichiari *a priori* diversa la natura, e « la responsabilità civile ha spesso per effetto di indennizzare l'attore o il creditore del danno ch'egli soffre in conseguenza d'atti puramente materiali e di fatti che non hanno *causa anteriore* alle pretensioni di diritto e che non si rannodano ad alcuna relazione particolare, stabilita precedentemente tra il responsabile e la parte lesa » (1).

31. Da qual principio nasce dunque? Nel POTHIER, come si vide, non si riscontra che il principio della prevenzione; di colpa egli non parla affatto nè di presunzione alcuna.

Il TOULLIER che segue la teoria della colpa, nel caso questa siasi avuta solo dal dipendente e non dal committente o padrone, fonda la responsabilità sul principio di prevenzione del POTHIER. Con tal criterio, se la colpa nella scelta o nella sorveglianza manca, si chiama responsabile un individuo prescindendo dalla volontà del fatto illecito; si dichiara infatti così il male avvenuto insufficiente per se stesso a giustificare la punizione, e si dà tale efficacia giustificatrice ad un male che non ancora s'è verificato e che potrà solo in appresso avvenire (PESSINA).

È notevole nel TOULLIER un concetto, che a bella prima sembra predominare sulle altre idee tutte che completano la sua teoria. Difatti si legge al n. 282, vol. VI, op. cit., che il padrone e il committente hanno essi *comandato* l'azione del dipendente, la quale è *loro propria*, ond'essi sono direttamente e principalmente obbligati e non possono pretendere alcun regresso. Quel concetto è comune allo CHAUVEAU (2). « La responsabilità dei padroni

(1) Op. cit., loc. cit., *Sulla garanzia*, v. appresso, n. 45 nota.

(2) *Droit pénal*, tomo I, cap. XVI, n. 263.

e dei committenti nasce dall'autorità di *comando;* i domestici, i servi ed i commessi *seguono gli ordini* dei padroni e dei committenti ». E il **Borsari** e **Casorati** nel loro commentario al codice procedura penale: « i padroni e i committenti rispondono del servo e del commesso, perchè l'opera di questi ha *radice nella volontà* di quelli in cui nome e *per cui impulso* agiscono ». Senza dubbio superficialissimo e incompiuto è quel principio di responsabilità, giacchè quasi sempre è un fatto *in occasione* del quale il dipendente commette un'azione dannosa, e non quest'azione stessa che il padrone o il committente comandano. Il **Laurent** scrive [1]: « Il fatto dannoso del preposto è estraneo al committente nel senso che questi non ha incaricato il suo preposto di commettere questo fatto; quantunque il danno sia stato cagionato nell'esercizio delle funzioni nelle quali il committente ha impiegato il suo preposto, non si può dire che il committente impiega il preposto a commettere un delitto o un quasi-delitto ».

Nel diritto pubblico il funzionario gerarchicamente subordinato a chi gli impartisce un ordine, ha il debito di esaminarne la legalità; per analogia anche il dipendente nei privati rapporti non deve essere *perinde ac cadaver;* onde anche nel caso d'ordine illecito egli sarebbe in colpa se eseguisse ciecamente le imposizioni del padrone. Ma se non voglia ammettersi questa colpa di passiva obbedienza, prescindendo anche dalla rarissima contingenza di detta ipotesi (che si tratti proprio d'un'azione comandata), essa non entrerebbe nell'argomento della responsabilità indiretta, perchè l'agente non sarebbe che uno strumento materiale, per così dire, di colui che vuole l'esecuzione d'un suo disegno. È ritenuto generalmente che il padrone e il committente possano eccepire la incolpevolezza del subordinato, ed esonerarsi così essi stessi, ma in quel caso, mentre quegli uscirebbe fuori causa, essi rimarrebbero come gli unici e veri responsabili, e aggiungi, anche

(1) Op. cit., vol. cit., n. 572.

penalmente, se n'è il caso. Queste considerazioni mostrano evidentemente l'equivoco in cui il Toullier è caduto, e fa meraviglia che egli lo ponga proprio a giustificazione e fondamento dell'articolo 1384. E certamente egli poi cade in contraddizione con se medesimo, e specialmente per quest'ultima considerazione, quando (al n. 284) distingue il caso in cui il fatto stesso comandato cagioni il danno, da quello in cui *comando non v'abbia* relativamente a un'azione imputabile solo a colpa del commesso o del domestico. Ma egli pone in prima linea il primo campo d'ipotesi, mentre il vero e l'unico in cui entri l'argomento della responsabilità indiretta, è proprio e solo il secondo.

CAPO IV.

TEORIE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE SENZA COLPA E RICERCA IN ESSE DEL PRINCIPIO DI PREVENZIONE.

32. È ormai opportuno fare una rassegna rapida delle principali teorie che prescindono dalla colpa, e meno io mi tratterrò sull'esposizione critica di esse, cómpito esaurito con grande dottrina e competenza da molti che han scritto su tale tesi, quanto in quelle teorie io cercherò di svelare la considerazione dell'interesse dei terzi e il criterio di prevenzione. Il punto di partenza e lo scopo è principalmente quello: garentire l'interesse dei terzi. Le occasioni frequenti e favorevoli di nuocer loro, la possibilità di evitare tali danni, scegliendo con grande cura e attentamente sorvegliando i dipendenti; ecco, per tali scrittori, gl'intimi motivi di una disposizione severa, mercè cui, con un rigore cieco a riguardo dei padroni e dei committenti, s'è voluto raggiungere una grande utilità pratica, e una necessaria guarentigia pel pubblico, che coi commessi ed i servi è costretto ad aver relazione pei bisogni indispensabili della vita quotidiana. E i sostenitori di questi principii giustificano tutti la legge; e giacchè la teoria della colpa presunta è vulnerabile in ogni parte, essi la ripudiano e la com-

battono; ed accolgono e difendono a loro volta criterii che non si trovano veramente nella tradizione storico-giuridica o nei *motivi* espressi dai legislatori francesi, ma son solo nella loro mente ingegnosa. Le vere ragioni da cui muovono e sono spinti, sono quelle appunto di utilità sociale.

Queste teorie sulla responsabilità civile senza colpa, svolte e difese spesso con ardore, sono molteplici. Alcune son nude e brevi enunciazioni di principii talora originali; altre filiazioni di altre più diffuse e profonde; v' hanno infine teorie compiute ed organiche, veri sistemi di principii, costruzioni ardite giuridiche, che tentano di dissipare una buona volta le incertezze dannose, gli ostacoli ingombranti che popolano questo campo del diritto, ponendovi dei criterii sui quali possa adagiarsi tranquilla la mente del giureconsulto e del magistrato, e convinta della veracità dei principii, su questi fecondare la scienza o con essi risolvere i dibattiti giudiziari.

33. Un largo e vivo movimento di studii, oggi, specie fuori d'Italia (Löening, Unger, Endemann) si propone di costruire su novella base il risarcimento dei danni aquiliani. Esso pretende eliminare l'elemento subbiettivo della *culpa*, proprio del diritto romano, accogliendo o il principio dell'*agire a proprio rischio e pericolo* (1) o quello più ampio del *torto oggettivo*, Venezian (2). Il Gabba (3) è convinto fautore della risarcibilità del danno anche *incolpevole*, ma non in ogni caso e come principio assoluto, e afferma che quella è reclamata da un principio supremo di equità e di convenienza sociale. Se un pazzo reca un ingente danno di

---

(1) N. Coviello, *Responsabilità senza colpa*, 1894; Orlando, *Saggio d'una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, ecc., « Arch. di dir. pub. », '94; *Principii di diritto amministr.*; Unger, *Handeh, anf eigene Gefahr*, Jena, '93.

(2) *Danno e responsabilità fuori contratto*, 1898.

(3) *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, « Giureprudenza Ital. », anno 1899.

qualsiasi natura, se alcuno scivolando noccia ad altri, chi fu danneggiato dovrà rassegnarsi alla rovina capitatagli senza potere pretendere nulla? La nuova formula, dice il GABBA, dovrebbe essere la seguente: « il danno incolpevole che dalla persona d'un individuo proviene a persona o cosa altrui, deve essere risarcito ogni qual volta l'equità e la sociale convenienza lo consentono e nella misura consentita da questa ». Non è valida obbiezione, egli osserva, che in tal guisa si confonda equità e diritto. Quanto ai danni *indiretti*, il GABBA, approvando la giustificazione proposta dall'illustre Unger del doversi sempre agire a *proprio rischio e pericolo* (di cui trova, nel caso del preponente, una conferma fin nella L. 7, pr. D. *nautae*, ecc.: « nec immerito factum eorum praestat, quum ipse eos *suo periculo* adhibuerit »), fa notare, per l'ipotesi dei padroni e dei committenti, come oltre di questa vi abbiano nel diritto positivo italiano anche le disposizioni dell'articolo 574 cod. civ. e degli art.[1] 21-31 leg. pub. sic. e in generale il capitolo delle servitù legali che contengono tutte ipotesi di responsabilità senza colpa, e per solo scopo di prevenzione, mentre la colpa stessa sorge pel solo fatto del dettato legislativo: e questo purtuttavia contraddice al principio *qui suo iure utitur nemini facit injuriam*. Ma per qual ragione? Sia in tali casi, che in quello di risarcimento ai privati per danni recati alle loro proprietà da modificazioni e innovazioni introdotte nelle vie e piazze pubbliche *(jura vicinatis)* campeggia sempre l'equità, in senso generalissimo, è applicato uno di quei principii cui allude l'articolo 3, tit. prelim., codice civile italiano. Onde non deve far meraviglia se la giurisprudenza francese e italiana tenda ad ammettere il risarcimento per nuovi casi di danni incolpevoli « sotto la duplice pressione della manifesta equità e delle necessità economiche odierne ».

Discorrerò in seguito della equità e delle necessità economiche odierne. È uopo frattanto considerare, che il campo delle servitù legali non può confondersi con quello dei fatti dannosi commessi da un dipendente. Se un fondo viene danneggiato con un acque-

dotto forzoso, il fondo dominante ne ritrae un vantaggio, sia anche evitando una perdita. Il risarcimento quindi non è ingiusto, e certo possono campeggiare principii di equità e prevalere le esigenze della economia sociale. Si deve risarcire il danno, ma si ottiene un profitto.

Non comprendo, del resto, come, nella ipotesi, possa parlarsi di ***responsabilità senza colpa***. Chi costruisce un acquedotto, chi stabilisce una servitù (legale) sul fondo altrui, ecc., ha la piena *volontà* di agire in quel modo. Nei casi predetti non si trascura dal legislatore l'elemento subiettivo della ***culpa***, ma piuttosto la ***mancanza di libertà*** del volere: si è ***costretti*** a recare un danno, ma nell'istesso tempo si *vuole*. Sorge quindi la idea di uno ***status necessitatis***, anzichè la ipotesi d'un danno commesso senza aver adoperata la necessaria diligenza per impedirlo. D'altro canto è così diversa una responsabilità siffatta da quella indiretta dei padroni e dei committenti, che una applicazione qualsiasi, per analogia, dei principii accolti per la prima ipotesi, sarebbe assolutamente impossibile e strana.

34. ***Stato di necessità:*** questa espressione, tutta propria del diritto penale, viene adoperata da molti nel campo del diritto civile per indicare un complesso di contingenze in cui si producano dei danni, senza la libertà del volere (1). Si ha propriamente lo stato di necessità allorchè si verifica « l'incontro di due diritti riconosciuti, il cui esercizio non può pienamente effettuarsi, senza il totale o parziale sacrifizio dell'uno a vantaggio dell'altro » (COVIELLO). V'ha chi afferma che i danni cagionati in tale stato siano risarcibili, anche pel diritto positivo vigente. Così il BRUNETTI (2) cerca

(1) V. A. BRUNETTI, *Risarcimento del danno prodotto nello stato di necessità*, nel « Filangieri », anno 1908; L. COVIELLO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, nel « Filangieri », anno 1898; T. CLAPS, *Status necessitas*, nel « Foro Italiano », 1898, I, c. 1367; G. CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto italiano*, Torino, Frat. Bocca, 1906.

(2) Monog. cit., *passim*.

di dimostrare, con grande ricchezza di argomenti, che possa al caso applicarsi l'*actio de in rem verso*, e accetta pienamente la regola formulata dal Chironi (1): « per il danno dato alla cosa od alla persona senza che però esistano a carico dell'autore le condizioni per dichiarare la responsabilità e senza che dal danno sia a lui derivato vantaggio, non sarà il danneggiante in guisa veruna tenuto verso il danneggiato; ma qualora, ferma rimanendo la responsabilità, il vantaggio fosse stato conseguito, il danneggiante risponderà in forza della regola, vietante l'ingiusto arricchimento. La prima parte della regola trova in casi speciali una limitazione, qualora il danno sia dato per allontanarne altro derivante dalla cosa o persona danneggiata; il che si spiega osservando che la causa del danno patito sta tutta in chi lo ebbe ». Ritengo col Coviello (2), che l'azione di arricchimento sia inammissibile quando manchi la colpa. È sempre inoltre necessario un rapporto precostituito tra arricchito e danneggiato, e poichè non esistono delle disposizioni categoriche legislative, è uopo ricorrere ai criteri della liceità e illiceità dell'atto commesso nello *status necessitatis* e al principio della libertà morale, che, certamente, nell'ipotesi, è da escludersi affatto (3). Diversa è la quistione, se lo stato di necessità possa valere in diritto positivo italiano, come titolo costitutivo di diritti. Il nostro codice accoglie il principio pei casi menzionati dal Gabba, ma trattandosi di applicazioni speciali, quantunque non eccezionali, non potrebbe quel principio generalizzarsi (id.).

Spinti dal proponimento di risolvere, con criteri ispirati alle necessità economiche moderne, la questione della risarcibilità dei danni prodotti nello *status necessitatis*, molti ricorrono al principio utilitario, della *protezione degli interessi predominanti*, principio che nelle sue applicazioni esorbita da quel campo di

(1) *Colpa extra-contrattuale*, n. 316, p. 362 e la monografia cit.

(2) Monog. cit.

(3) V. Coviello, ibid.

ipotesi (1), ed ha in certo senso affinità con la teoria *cuius commoda eius incommoda*, da molti propugnata come fondamento e giustificazione della responsabilità dei padroni e committenti. Parlerò in seguito di tale dottrina.

35. Per una duplice ragione, al contrario, io non posso diffondermi nella critica sia della teoria dell'UNGER che del VENEZIAN. La prima, perchè queste nuove teoriche abbracciano tutto il campo del danno aquiliano, sono molto più vaste del mio tema, che riguarda solo l'ipotesi della responsabilità indiretta. Difatti l'*agire a proprio rischio e pericolo* si applica a tutti i danni incolpevoli che direttamente o indirettamente cagiona taluno ad altri « esercitando in confronto di questo un atto permesso dalla legge ». La teoria del VENEZIAN, STROHAL, LOENING è ancora più comprensiva, abbracciando anche quelle ipotesi di danni in cui non solo una persona sia incolpevole agendo direttamente, ma non sia in colpa neanche un suo rappresentante: la teoria infatti dell'UNGER, che riguarda pur la responsabilità del preponente pel danno arrecato da un preposto, la esclude, dati quegli estremi. Il VENEZIAN (2) sostiene la necessità d'un fondamento molto più largo e inconcusso al risarcimento dei danni di quello della colpa: il *nesso causale*, sia anche *casuale*, tra il fatto e il danno basta per lui, perchè sorga la necessità che il danno medesimo sia riparato. Da qualsiasi individuo, in qualsiasi circostanza una lesione, un danno sia prodotto alla persona o al patrimonio di lei, deve risarcirsi: forse che l'incolpevolezza, la casualità di quel danno fanno sparire il danno medesimo? Se questo permane, non dovrà, per un platonico riguardo all'intenzione dell'agente, essere giammai e affatto compensato e lenito? Dovrà un malcapitato abbandonarsi nella terribile disgrazia incoltagli, sol perchè chi la cagionò non era in colpa?

---

(1) V. MERKEL, *Dies Collision richwässiger Interessen*, parte I, 1895, p. 67 e segg.; LEHMANN, *Usber die civilrechtlichen Wirkungen der Nothandes*, nei « Jahrbücher di Jhering », vol. XIV, pag. 215, 249; L. COVIELLO, monogr. cit.

(2) Op. cit., pag. 71.

Senza dubbio è questa un'ipotesi di grave e delicata importanza. Il GIORGI però crede non esservi bisogno di ricorrere a principii così radicali come quelli sulla ***causalità obbiettiva:*** il solo difetto che egli trova nel codice è la mancanza di norme riguardanti il risarcimento dei danni recati in istato di inimputabilità per difetto di mente o di necessità per forza maggiore (1). L'illustre giurista peraltro non nega poter in avvenire prevalere nel campo del danno risarcibile o questa o la teoria dell'UNGER: « Il risarcimento dei danni è fra tutti gli argomenti giuridici quello che risente più d'ogni altro le influenze della coscienza popolare, e si deve proporzionare ai bisogni morali ed economici della convivenza sociale. La dottrina dunque del risarcimento deve acconciarvisi seguendone gli andamenti. E come in passato spogliò il risarcimento dal carattere di pena, non è impossibile che lo spogli almeno in certi rispetti di quello di colpa ». Gli appunti però non lievi che il GIORGI stesso muove alle suddette dottrine, li sintetizza scultoriamente nelle seguenti parole: « Quella (dell'UNGER) estendendo fuor di misura i rischi e i pericoli del fatto proprio, manca di proporzionalità, cioè di quella giusta misura ***quae servata humanam servat societatem, corrupta corrumpit.*** Questa (del danno obbiettivo) correndo sulle orme della scuola positiva, che ha già invaso il diritto penale, rovescia anche in diritto civile il sistema della responsabilità morale ».

La seconda ragione, per cui io son costretto a non dilungarmi in una critica minuta delle dette teorie, è che esse, come ammette il GABBA, come sostiene il GIORGI, come risulta dall'esposizione della mia tesi, propugnano principii da ammettersi solo ***in iure condendo;*** quantunque, come crede di poter ritenere il GABBA, nella scienza si sia già riusciti ad abbattere la tradizionale e vecchia dottrina del danno e del risarcimento.

D'altro lato, sia l'una che l'altra teoria e più l'ultima, che ha linee generalissime, han riguardo bensì ai danni prodotti indiret-

(1) *Teoria delle obblig.*, vol. V, pag. 222, nota.

tamente. Quella del ***danno obbiettivo*** pertanto la combatterò nelle idee d'uno scrittore (BARASSI) che, sostenendo una diversa teoria, ha stretti punti di contatto con quella: la teoria dell'***agire a proprio rischio e pericolo*** è stata da molti sostenuta per giustificare razionalmente anche la responsabilità indiretta, e di essa parlerò in particolare, in quanto però ha col mio tema attinenza. Un lato infatti della mia tesi è la dimostrazione che in diritto razionale non può farsi a meno della colpa.

36. Le teoriche, sulle quali è uopo fermarsi di proposito, sono le seguenti: 1.° quella della ***rappresentazione*** (del CHIRONI); 2.° quella che ha a fondamento il principio ***cuius commoda eius incommoda***, ossia la teoria dell'***interesse e profitto***; e infine, 3.° quella che sostiene che chi assume un'impresa lo fa ***a suo rischio e pericolo***. Ripeto, che in tali dottrine io indagherò principalmente il principio di tutela dei terzi e quello di prevenzione, dopo, naturalmente, aver date le ragioni per cui esse non possono, secondo il mio avviso modesto, giustificarsi ed accogliersi.

§ 1.° — *Teoria della rappresentazione.*

37. È uopo anzitutto discorrere brevemente di tale teoria sostenuta già dal BORSARI (1) e svolta poi minutamente, con grande rigore scientifico, dal CHIRONI (2). Egli ha una logica strettissima, previene le obbiezioni, e nel combatterle fa applicazione costante del suo principio teorico, col quale tenta tutte di eliminarle e confonderle. Acutamente egli mostra, come le intollerabili contraddizioni e gli stentati rammendamenti proposti da coloro che parteggiano per la presunzione di colpa, la teoria della rappresentazione toglie via senza ricorrere ad altri effimeri sostegni: che le parole dei legislatori francesi le dànno anche una base, per così dire,

(1) *Commento al cod. civ. ital.*, lib. III, tit. IV, § 3054.

(2) *La colpa nel dir. civ. ital. Colpa extra-contrattuale* (aquiliana), vol. I, n. 163 e segg.

di autenticità; che il brusco rimprovero mosso dal GIORGI (1) alla legge, d'esser cioè contro i dettami di giustizia, contro la civiltà dei tempi moderni, non ha alcun fondamento, essendosi la legge medesima ispirata a principii strettamente giuridici; che nulla monta, ammessi questi criterii, essere il rappresentato incolpevole pel fatto commesso dal rappresentante; che infine, dati sempre quei criterii, è perfettamente logica la conseguenza che al rappresentato si neghi la prova liberatoria, la quale sarebbe piuttosto inconcludente ed ingiusta.

38. È indispensabile, pel merito incontrastato di questa teorica, sostenuta con tanto acume e dottrina, esporne i tratti caratteristici.

Il concetto della *rappresentazione* sorge dalla delegazione d'un individuo al disimpegno d'affari non voluti o potuti compiere personalmente da un altro individuo. Per mezzo della rappresentazione, avviene una fusione di due personalità, in virtù della quale ha esclusivo rilievo la figura del rappresentante, strumento del rappresentato. Dato tale vincolo, il fatto del primo è del pari *proprio* di costui: la sua mancanza di volontà è solo apparente; la dizione della legge, *fatto altrui*, in cui si comprende anche quello del rappresentante, si riferisce alla diversità puramente *materiale* della persona agente. V'ha rappresentazione tanto se esiste un vero *mandato*, quanto se siasi dato semplice incarico di fare alcuna cosa; nella quale ipotesi sorge la figura della locazione d'opere, e quindi quella proprio del *domestico;* mentre nel primo caso si ha la figura del *commesso*. E ai due concetti corrisponde la distinzione in *rappresentazione vera e propria* e rappresentazione *in genere*. Questa è mediata e indiretta: non si ha cioè propriamente che tra i terzi e il conduttore, non fra costui e il locatore.

D'altro canto, la legge non vieta che il committente e il commesso vengano considerati quali mandatario e mandante, mentre la rappresentazione è unico fondamento sia della commissione che

(1) *Teoria delle obblig.*, vol. V, n. 252.

del mandato. Siccome poi essa informa anche il rapporto di locazione d'opere in cui non s'ha vero mandato, così la parola *commesso* abbraccia altresì il locatore d'opere e quindi il domestico. Infondata è l'obbiezione, che nella ipotesi di rappresentazione vera e propria poggiante su d'un mandato, non possa il mandante rispondere dei fatti illeciti a cui non autorizzò affatto: poichè il rappresentante, nel compier l'atto illecito, non eccedette la sfera delle sue attribuzioni. La rappresentazione deriva dalla convenzione e dalla legge: è quindi *legale* o *convenzionale*: nessun dubbio che anche nella prima ipotesi v'abbia responsabilità nel rappresentato: la mancanza di volontà in lui di conferire il potere di rappresentazione, non toglie che quella pur sorga per legge: tale è l'ipotesi del minore al quale è da essa destinato un tutore che lo rappresenti. Questo principio sarebbe inammissibile con la teoria della *culpa in eligendo;* ed è questa un'altra ragione per cui tale teoria e quella della *culpa in vigilando* debbono cedere a quella della rappresentazione. I terzi nel rappresentante veggono il rappresentato; è per questo che non può provarsi la mancanza di colpa.

39. Questa teoria così apparentemente logica e compiuta non trionfa della censura fattale dal Giorgi (1). « Questa nuova dottrina non può esser accettata; essa contrasta con lo spirito informatore della disposizione, col testo della legge, ed è inconciliabile coi principii generali del diritto ».

Inesattamente il Chironi si riporta ai lavori legislativi francesi, nei quali si accenna all'*interesse* ritratto da colui che impiega estranee persone al disimpegno di date mansioni (2). In quella parola al contrario è scolpito il principio *cuius commoda eius incommoda,* non l'altro della rappresentazione. Nè, veramente, può questa assegnarsi come fondamento giuridico della responsabilità assoluta dei padroni e dei committenti. Innanzi tutto, rap-

---

(1) Op. cit., vol. V, n. 252 *ter*.

(2) V. Bertrand De Greville, *Rapporto al Trib.* (sed. 6 febbraio 1903).

presentante e mandatario non sono sinonimi. Benchè nell'articolo 1737 cod. civ. si dica che l'incaricato deve compiere l'affare *(quelque chose*, art. 1984 cod. fr.) per *conto* di colui che glielo commette, il valore di queste parole muta secondo che oggetto del mandato sia una prestazione o un fatto giuridico, come un contratto; nel primo caso suonano *nell' interesse*, solo nel secondo *in rappresentanza* (Barassi). Contrariamente quindi al Laurent (1) che dice esservi, nel mandato, sempre rappresentanza, e al Giorgi (2) che dice il mandato includere la rappresentanza, vi possono essere mandatari che non siano rappresentanti e rappresentanti che non siano mandatari (tutore e *negotiorum gestor*). Il mandato esprime un rapporto *relativo*, stabilisce un legame intimo tra due persone; la rappresentazione al contrario si riferisce al vincolo tra due persone, ma nei riguardi della loro responsabilità verso i terzi. Tra i due subietti il rapporto contrattuale è analogo; ma, come testè accennavo, il mandato denota il lato *intimo*, la rappresentazione il lato *esteriore* di tale rapporto (Barassi). In forza poi del mandato si deve rispondere di danno contrattuale che avviene nell'*esercizio* delle incumbenze affidate, mentre il danno aquiliano avviene in *occasione* di quest' esercizio, cioè *fuori di esso*. In tal caso dov'è il potere di rappresentazione? Invano il Chironi obbietta, che, malgrado l'atto illecito, non si eccede la sfera delle attribuzioni al rappresentante affidate: perchè non è già *in evasione d'un incarico*, che si produce il danno, non è già che l'atto illecito costituisca il *mezzo* per disimpegnare l'ufficio avuto, ma è un delitto o quasi-delitto commesso *mentre* si espletava l'assunto incarico che ne fu puro e semplice incentivo, mentre rimane forse ancora inadempito. Il locatore d'opere inoltre può con fondatezza chiamarsi rappresentante, sia anche improprio, del conduttore? (3)

---

(1) Op. cit., XXVIII, pag. 475.

(2) Op. cit., vol. V, pag. 384.

(3) V. Sechi, *Respons.*, ecc., « Giurepr. Ital. », 1896.

40. Il **Borsari** scrive (1) che nella responsabilità di cui all'articolo 1153 ultimo capoverso « si riconosce il carattere del mandato, ma di un mandato che può dirsi speciale e *sui generis*, non discendendo siffatto obbligo dalla natura e propria indole del mandato. Ma trattandosi di una maniera di rappresentanza personale, che non sarebbe senza pericolo, se non si facesse sentire in certo modo il freno a coloro da cui proviene, la legge ha stabilito questa garanzia che esorbita dalle ordinarie regole contrattuali ».

Mi permetto rilevare che questa è un'affermazione gratuita. Una specie di mandato extra-contrattuale è una figura giuridica io credo assurda, specie se voglia legarvisi una responsabilità pel preteso mandante. « Questo è stato notato egregiamente, scrive il **Barassi**, anche dal **Goldschmidt**, che confuta la teoria dell'**Endemann**, per cui ogni colpa del rappresentante, anche se extra-contrattuale, è una colpa senz'altro del rappresentato. Non c'è nè nel diritto romano, nè oggi una *rappresentanza nel delitto*, come c'è nel contrarre vincoli giuridici, scioglierli, modificarli. Questa teoria dell'**Endemann** fu prima proposta anche dal **Puchta**, dal **Mommsen**, ma oggi si riconosce generalmente che la responsabilità dell'odierno rappresentato è limitata dalle facoltà date all'altra parte ».

41. Il considerar come *proprio* del rappresentato il fatto altrui è un'idea, secondo il **Ferrini** (2), infelicissima, essendosi verificato quel fatto per colpa d'un altro individuo, cioè del subordinato. Ammettendo poi che si sia egualmente responsabili anche se il rappresentante venga dato dalla legge a chi non sapeva o poteva sceglierlo, si vuol spiegare un'ingiustizia con un vincolo giuridico del tutto astratto e formale, qual'è quello della rappresentazione. Questa teoria infine non spiega perchè siano responsabili non solo il committente e il padrone, ma anche il subordinato; perchè non dovrebbero esser responsabili i primi anche pel fatto compiuto da un commesso repentinamente impazzito; e perchè sarebbe responsabile invece anche un committente pazzo o bambino (**Ferrini**).

---

(1) Op. cit., § 3054.

(2) *Delitti e quasi-delitti*, nel « Dig. Ital. ».

42. Il concetto della garentia dei terzi fiduciosi nell'onestà e diligenza dei commessi e dei domestici, concetto appena accennato dal CHIRONI, è dal BORSARI più svelatamente sostenuto, in modo che vi si scorge luminosamente il principio unilaterale di tutela e quello di prevenzione. Il BORSARI è tutto compreso della *moralità*, dell'*opportunità* grandissima sociale di tale responsabilità assoluta, dell'*interesse generale*, della necessità di *garantire la pubblica fede;* ma egli non accenna a nessun principio giuridico; e se anche voglia questo, inteso in un senso largo, estendersi a quelle idee di utilità sociale, certo un lato del problema rimane insoluto e negletto: quello che si riferisce alla ragione subbiettiva della responsabilità. Ma trovo il seguente brano al § 3055, in cui si sente il bisogno di aggiungere un più profondo criterio come presupposto su cui adagiare le idee già riferite. « Noi vediamo la ragione per cui abusando il commesso di tale sua fiducia pubblica che attinge da quella del padrone intorno a quel ramo di commercio che gli è affidato, impegni la responsabilità del padrone medesimo, che vi si è abbandonato, senza frenarlo in tempo, come si *presume che potesse fare* ».

Ed ecco l'argomento convenzionale ed artificioso che intorbida tutto il ragionamento dell'insigne autore: si è infatti dimostrato come assurda e falsa sia tale presunzione. L'altro criterio però della tutela indispensabile dei terzi campeggia e predomina in tutta questa discettazione. Bastino queste parole fra molte altre dell'istesso significato e tenore: « La legge non permette che quei tali che portano con sè la nostra fiducia e la trasmettono ad altri, *possano far danno ai terzi*, senza compromettere ad un tempo la nostra responsabilità ». E più appresso: « Questa io credo sempre la base della nostra disposizione tanto singolare nel nostro diritto ». E quanto al concetto della prevenzione si legge al § 3052: « Il rigore della disciplina fa gli uomini diligenti, guardinghi, accurati più che non sarebbero e una *guarentigia materiale sempre efficace si aggiunge a quella morale*, che consiste nel buon volere di ciascuno ». In una parola, i terzi rimangono

ingannati nella fiducia ch'essi ripongono in coloro i quali rappresentano persone degne della generale considerazione: v'era l'obbligo in costoro di scegliere con grande diligenza il rappresentante e di sorvegliarlo: a quest'obbligo son venute meno: ma è necessario vi adempiano in avvenire. Quindi la responsabilità indeclinabile. Nel BORSARI il principio della tutela, quello di prevenzione e l'altro di colpa si contemperano col principio della rappresentanza: ma in modo che questo rimanga come elemento sussidiario e non indispensabile. Nel CHIRONI, al contrario, esclusivo è il concetto della rappresentazione: questo riceve una minuziosa costruzione giuridica, che rimane, malgrado ogni sforzo, formale, estrinseca ed artifiziosa, perchè nei fatti illeciti (anche per le conseguenze civili) non vi può essere giammai rappresentazione.

§ 2.° — *Teoria dell'interesse o profitto.*

43. La teoria dell'*interesse* o del *profitto* è stata sostenuta da valenti giuristi, e non è estranea alle motivazioni delle Corti giudiziarie. È notevole la seguente sentenza 5 febbraio 1885 della Corte d'appello di Macerata (1): « Il principio di diritto su cui si basa la responsabilità dei committenti non è quello consacrato negli articoli precedenti 1151-1153 cod. civ., cioè che ogni uomo è responsabile del danno arrecato ad altri per fatto proprio o per propria negligenza nel sorvegliare il figlio, il pupillo, lo scolaro, l'allievo. Imperocchè il terzo alinea dell'art. 1153, in quanto ai padroni e committenti, non ricerca affatto, si noti bene, non ricerca affatto se vi è colpa nei loro fatti personali, quali sarebbero la scelta poco giudiziosa del domestico o del commesso, e la negligenza nel sorvegliarli.

« Basta il rapporto di committente *in rem propriam* e di commesso, per produrre la responsabilità del primo, secondo il testo succitato. La responsabilità del committente perciò riposa su di un

(1) *Giureprudenza Italiana*, anno 1885, parte III, pag. 64.

altro principio di giustizia, qual'è quello proclamato nel fr. 55 *de regulis juris*, cioè: *qui sentit commoda, sentire debet incommoda:* tra i fattori dei quali non si trova punto la colpa. Ed invero il committente che incarica il suo commesso d'un negozio a lui profittevole, è giusto che risenta il danno che può aver prodotto il suo commesso nel dar opera al negozio affidatogli ».

Tra gli scrittori noto il Bolaffio (1), il Ferrini (2), il Barassi che ha dato a tali principii un largo svolgimento nella monografia più volte citata (3). I principii medesimi sono in germe anche nelle parole di Bertrand de Greville, nel suo *Rapporto:* « n'est ce pas en effet le *service dont le maître profite,* qui a produit le mal qu'on le condamne à reparer? » Poco dopo però egli ricorre alla colpa nella scelta; ed è noto che l'art. 1153 è stato riprodotto fedelmente nel nostro Codice, e che nessunissima altra discussione fu fatta sul suo significato e sui criteri ai quali si ispira: il voler sostenere pertanto, che nei lavori legislativi il principio del profitto sia stato senza dubbio accolto, e che quindi sia davvero il fondamento della responsabilità assoluta dei padroni e dei committenti, è lo stesso che poggiarsi su false e crollanti basi.

Il principio della colpa fu in apparenza ma quasi generalmente ammesso, nei lavori sul progetto del Codice francese; i veri criterii, invece, cui gli oratori si attennero, furono proprio quelli di cui si è discorso lungamente.

44. Il Barassi dice che il risarcimento non può ottenersi, che da chi è *economicamente più forte* di colui che fu danneggiato; che una persona fisica e psichica deve distinguersi nettamente dal *subbietto economico,* il quale offre le migliori garanzie verso un terzo impotente per lo più di fronte a forti organizzazioni e ampie economie private. Questo principio di *responsabilità obbiettiva* è supremamente giusto, è fondato sull'e-

---

(1) *Foro Italiano,* 1890.

(2) *Delitti e quasi-delitti,* « Dig. Ital. », 1899.

(3) *Rivista di Schupfer,* vol. 23, 24, 25, 1898.

quità, fu ammesso dal diritto romano, in cui la responsabilità fu rigidamente subbiettiva, perdura nella società barbarica e medioevale, ed è affatto corrispondente alla coscienza giuridica moderna. Il nostro codice ha ammesso un sistema di *responsabilità obbiettiva* parallelo a quello di responsabilità subbiettiva: il primo privo assolutamente dell'elemento della colpa e consacrato negli articoli 1153, 1154 e 1155 cod. civ., le cui disposizioni brevi son ricchissime di contenuto. Il Barassi dissente risolutamente da quella teoria del *torto oggettivo*, per cui il patrocinio si eleva a subbietto di obbligazione, e il torto è perseguibile obbiettivamente, perchè fa sentire il bisogno della difesa. Questa infatti è in sostanza la stranissima e rozza dottrina che dominò ampiamente dapprima fra i Germani, fu poi combattuta e mitigata via via, e perdurò in Francia più a lungo che in qualunque altra nazione. Non chiamare d'altra parte responsabile il patrimonio d'una persona ma questa, ma in considerazione quasi esclusiva del suo patrimonio, pel quale emerge la sua potenza economica su quella più limitata assai del terzo leso; l'adottare conseguentemente una formola, *responsabilità obbiettiva*, includente un concetto non mai accolto o espresso dal legislatore al quale con soverchia audacia si attribuisce, formola che quindi si lega affatto al patrimonio, ciò significa escludere la persona e sostituirle il patrimonio medesimo, perchè il *subbietto economico* non può separarsi con taglio netto da quello giuridico, essendo anch'egli capace dei diritti essenziali, inerenti alla natura umana. Si badi che il padrone e il committente devono rispondere del fatto doloso (1) o colposo del dipendente.

Ebbene, io non credo sia giusto, come pare invece al Barassi, che il padrone o il committente rispondano del conseguente danno, sia anche col solo patrimonio, mentre il danno medesimo fu

---

(1) Anche penale. V. Laurent, op. cit., n. 586. « Si estende la responsabilità anche ai delitti criminali? L'affermativa non è per niente dubbia, perchè la legge non distingue, nè vi sarebbe luogo a fare distinzione ».

cagionato da dolo o da colpa di altra persona. L'addurre come ragione la maggiore potenza economica non credo equivalga ad addurre un principio giuridico, ma superficiale e socialistico, mentre pure il Barassi condanna la teoria *ad potentiorem*, che in fondo è la sua dottrina medesima.

Le massime romane cui si annette grandissima importanza: *commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda* (1); e l'altra: *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet* (2), erano però subordinate all'esistenza della colpa, e nel caso della responsabilità, di cui all'art. 1153 ult. cap., avrebbero la più infelice ed erronea applicazione, se si astraesse da qualunque altro principio quale loro condizione e limite. L'essere stata accolta una responsabilità obbiettiva nel medio-evo, può spiegarsi con la unilaterale considerazione della immancabile risarcibilità del danno, mentre non si aveva affatto riguardo allo elemento subbiettivo del dolo o della colpa, ciò che non può ammettersi in diritto razionale.

Non v'ha dunque consenso a siffatti principii nei periodi storici anteriori alla codificazione francese (diritto romano), nè da parte dei legislatori francesi: superficialità di criterii, mancanza di veri principii giuridici: questo al contrario, secondo il mio avviso modesto, informa la teoria della responsabilità obbiettiva.

45. Nel Ferrini mancano le idee di obbiettività, di patrimonialità, d'una giustizia, direi economica, che si riscontrano largamente nell'accurata monografia del Barassi. Egli invece concepisce il principio *cuius commoda eius incommoda*, in un modo più intimo rispetto al subbietto, incarnandolo quasi nei suoi propositi e nella sua volontà. « Il committente o il padrone, cioè colui che ha messo in moto l'attività del commesso e del domestico, che di quest'attività *gode i vantaggi*, che tale attività *rivolge ai*

---

(1) Fr. 10, *de R. I.*, 50, 17

(2) Fr. 149, ibid.

proprii fini, sembra quindi giusto che gli effetti giuridici di tale attività ricadano su lui; e come egli sente il *vantaggio* dell'opera d'un servo o commesso probo, attivo, zelante, così senta a preferenza degli altri lo *svantaggio* d'un servo o commesso scioperato ».

46. La considerazione dell'interesse dei terzi in questa dottrina è predominante ed essenziale: specialmente coi principii e lo sviluppo ad essi dato ad es. dal BARASSI. È il terzo danneggiato molto *meno forte* economicamente del padrone o del committente, che non è giusto rimanga indifeso, negletto di fronte a quelli. Non è più dunque per la *fiducia* che i terzi hanno nei rappresentanti di persone note che si crede indispensabile correre in loro soccorso: ora invece è la loro debolezza, la loro inferiorità che li rende meritevoli d'un ausilio legale. In ambo i casi non si ha un principio *giuridico* che possa far predominare l'utilità pubblica su di un diritto privato, mentre è pur impreteribile, in quanto nella ipotesi di risarcimento per un danno da altri prodotto, non si richiede solo la limitazione o la cessione d'un diritto proprio, ma si pretende un *fatto*, una prestazione, in base a una *responsabilità civile*. Per aversi un giusto predominio, dovrebbe abbattersi un altro supremo principio che sta di fronte: ognuno non deve rispondere che del fatto proprio doloso o colposo: ponendosi in suo luogo un altro principio altissimo di diritto; non pensarvi, equivale a un arbitrio. Il BORSARI, messo alle strette, non può far a meno di parlare della presunzione di colpa, ch'è un pretesto menzognero: il BARASSI non ha ritegno di giustificare la violazione di quel principio con la superiorità economica del committente e del padrone; così siamo in pieno socialismo, vale a dire nel campo delle superficialità e dell'astrazione.

47. Quanto al criterio di prevenzione, si legge nella monografia del FERRINI: « Non una ragione di rappresentanza, nè tecnica, nè materiale opera in questa disciplina, ma l'origine prima dell'energia è la considerazione d'una cotale garanzia (risarcire il danno a preferenza di tutti) che assume verso la società colui il

quale si vale pei fini suoi dell'operato degli altri (1). Ciò poi ha una particolare utilità nel caso attuale, in cui le persone dei servi e dei commessi di rado presentano seria speranza di solvenza; nè manca un'*utilità anco preventiva*, giacchè il principio della responsabilità obbliga padroni e committenti a procedere cauti nell'elezione e nella sorveglianza dei domestici e dei commessi ».

48. Non sarà da ultimo fuor di luogo riferir quanto un valoroso giurista scrive contro questa teoria, seguendo un ordine di idee che completano ciò che si disse più innanzi (2). « Ai tempi nostri, e per i principii sociali ed economici della società moderna, nella locazione d'opere, il salario rappresenta o almeno dovrebbe rappresentare, se in pratica non lo rappresenta, l'equivalente della prestazione dell'opera, mentre il lucro che al padrone o al committente può tornare dall'attività del servo o del commesso, rappresenta, o almeno dovrebbe rappresentare, l'interesse del capitale impiegato; quindi l'utile sarebbe reciproco, anzi il commesso ha certo un utile, mentre il committente può anche avere una perdita. E poi, come vedremo appresso, non cessa la responsabilità civile dei padroni e dei committenti quando il danno viene cagionato nell'esercizio delle incumbenze utilitarie ed egoistiche, ma filantropiche ed umanitarie ».

---

(1) Sul concetto di garanzia, cui da molti si è acconsentito, osservo col Sourdat che esso è erroneo, perchè, fra l'altro, la responsabilità civile ha luogo indipendentemente da ogni convenzione espressa o tacita tra la parte lesa e la persona responsabile civilmente: la garanzia è individuale, la responsabilità civile è generale. Nessun patto, nessun accordo anteriore può esservi tra il padrone, il committente e i terzi. È comodo, dice il Sourdat, per quanto inconsulto ripiego quello di coloro (e son molti) che ricorrono a una garanzia promessa sia anche tacitamente dai committenti o dai padroni.

(2) Bennardo, in « Diritto e Giureprudenza », 1897.

§ 3.° — *Teoria dell'agire a proprio rischio e pericolo.*

49. Questa teoria si fonda sui progressi dell'industria, sui pericoli straordinariamente aumentati contro i terzi indifesi. L'elemento della colpa è ormai vecchio, si dice: esso è affatto insufficiente, date le presenti condizioni sociali e le comprensioni giuridiche più ricche ed evolute. E quel principio è un corollario del trasformato istituto giuridico della responsabilità aquiliana. La teoria può così formularsi: chi *liberamente* assume un'impresa o un servizio qualunque per cui son necessari dei preposti, siano domestici o commessi, deve pienamente rispondere di qualunque fatto dannoso di costoro. Se quindi l'assunzione d'un servigio od impresa è *necessaria*, cessa ogni responsabilità, com'è quasi generalmente ritenuto per lo Stato (ORLANDO).

In questa dottrina v'ha una completa assenza di qualunque principio giuridico. La coscienza moderna sarebbe infatti tutta compresa del pericolo *sociale:* in una parola, al padrone e al committente non si addebita una colpa, non si rinfaccia una maggiore potenza economica, ma si fa carico dell'aver assunto non pure estranee persone per un'impresa o per un servigio, ma quell'impresa e quel servigio medesimo. La responsabilità dunque dipenderebbe dall'esercizio di un diritto, quello cioè di assumere liberamente un servigio o un'impresa: e tale diritto verrebbe paralizzato dal rischio gravissimo di dover rispondere di fatti assolutamente imprevedibili. D'altro canto potrebbe logicamente chiamarsi rischio *inerente* alla impresa o al servigio quello dei danni *volontariamente* prodotti da un commesso o da un servo? È forse *causa* del danno il disimpegno delle mansioni a costoro affidate, o non, piuttosto, la loro malvagità, la volontà libera e indipendente? *Necessaria* assunzione di un'impresa o di un servigio: ma siffatto criterio non potrà mai determinarsi *a priori* e in modo sicuro: specie poi pei domestici, non avrebbe applicazione se non in casi eccezionali, mentre l'assunzione di servigi è quasi sempre imposta da convenienze ed esigenze della vita sociale.

Così da un galantuomo non può certamente pretendersi che impari l'arte culinaria e si prepari il desinare; non si imporrà a un vecchio accidentato di trascinarsi per via a respirar un po' d'aria campestre; una signora non scenderà in piazza a comperar le uova e la carne. In tali casi, se non può farsi a meno d'un cuoco, d'un cocchiere, d'una domestica, può almeno dirsi che non è necessario il desinare, non è indispensabile il respirare un po' d'aria pura, il fornirsi di cibo?

50. Ecco gli argomenti in gran parte analogici coi quali si sostiene questa teoria da uno dei suoi propugnatori (BENNARDO). « La colpa si doveva a ragione esigere necessariamente ai tempi in cui l'indennizzo dei danni era considerato come una pena (lex Aquilia); ai tempi nostri, e giustamente, l'obbligo del risarcimento non ha più questo carattere... Una giurisprudenza assidua delle nostre Corti, infatti, è venuta ammettendo una singolare teoria, quella della *culpa in re ipsa*... Inoltre si ammette la responsabilità civile delle persone giuridiche in genere, che pure non son capaci di colpa, e con maggiori o minori restrizioni quella dello Stato, ecc.: si tende per gl'infortunii sul lavoro ad eliminare la necessità della colpa del padrone per aversi la sua responsabilità civile, e si va facendo strada il criterio nuovo di considerare il danno dell'infortunio come un rischio dell'industria, che debba perciò come ogni altro rischio gravare su chi dell'industria intenda avvantaggiarsi, e per certi danni non imputabili a colpa si cerca di ammettere il risarcimento ricorrendo al principio del *neminem laedere* anche quando alcuno *iure suo utitur*, o al principio *nemo locupletari debet aliena iactura*, che pure non si trovan scritti in nessuna legge positiva ».

51. Sono indispensabili poche considerazioni su questi capisaldi d'una teoria ardita che pretende risolvere la *vexata quaestio* della responsabilità indiretta con principii pieni di slancio e di modernità. Ed è uopo anzitutto ricordare che con essa si sostiene un fondamento alla detta responsabilità da accogliersi *in iure condendo.*

I. Il principio che il risarcimento dei danni ha un carattere puramente civile (onde l'azione civile nascente dal reato non si prescrive con l'azione penale, ed è esperibile anche contro gli eredi dei civilmente responsabili), questo principio può benissimo coesistere con le idee che io già espressi più innanzi (n. 11). La diversità di scopo tra la pena e il risarcimento, dà la differenza solo obbiettiva tra la punizione e l'obbligo civile. *Perchè* poi si possono chiamare responsabili delle persone diverse da quelle che commisero il fatto dannoso? Allorchè l'azione di risarcimento passa agli eredi, questi rispondono col patrimonio del defunto, di cui rappresentano la personalità, e certamente essi possono col beneficio dell'inventario esonerarsi dall'obbligo di quel pagamento, se non credettero conveniente la fusione dei due patrimoni. Un'altra causa giuridica parimenti deve esservi perchè i padroni e i committenti rispondano del delitto o quasi-delitto dei loro subordinati. Ma non è la *punizione*, si obbietta, pei fatti antigiuridici che ricade su di quelli; si tratta di un obbligo (nato per legge) tra due privati, non tra un individuo e l'intero ordine sociale offeso (nel caso di fatto illecito penale). Ma qui non si fa quistione di parole: si chiami o non si chiami *pena*, certo quello del risarcimento a carico dei padroni e committenti è un obbligo che *ha origine*, che *consegue* dal fatto dei dipendenti. Sia, com'è, un obbligo civile, il legame che unisce il fatto dannoso di costoro al fatto del risarcimento dei committenti e dei padroni, manca: in qualunque ipotesi, v'ha bisogno d'un principio che concateni quei due fatti, di cui il secondo è *effetto immediato del primo.*

52. Nei principii procedurali riguardanti le persone civilmente responsabili nel giudizio penale, quali si trovan accolti nella nostra legislazione (art. 549 ss. Cod. pr. pen.), v'ha la più solenne e limpida affermazione dell'affinità intima e razionale tra le due azioni penale e civile e le due relative responsabilità. La differenza sta nell'appartenenza dell'azione e della riparazione, ma l'unità e l'identicità si riscontrano nell'unità e identicità del fatto dannoso, cioè nella causa che muove dal subordinato.

Farò brevissimi cenni sui detti principii.

Per alcuni il civilmente responsabile, oltre le difese svolte dall'imputato, può accamparne di speciali, poichè non sempre, quando le prime riescano a far assolvere il difeso, giovano necessariamente anche a lui. Col TOULLIER (tom. II, 271) io ritengo inammissibile questo principio, se voglia richiamarsi anche pel caso in cui siasi già esonerato da una pena il reo diretto. D'altro canto sono suggeriti dalla posizione naturalmente diversa da quella di costui, altri criterii e altro metodo di difesa pel civilmente responsabile, oltre quello immediato rivolto ad eliminar addirittura il fatto dannoso. Così potrà egli sostenere che non vi fu libertà nella scelta, rapporto di direzione, che l'azione non ha vincolo alcuno con le incumbenze affidate. Ma « molte prove e molti argomenti dei quali l'imputato fa scudo alla propria innocenza, sono usbergo sicuro anche per l'altrui responsabilità civile, sicchè svolti vittoriosamente da un di loro, non possono che giovare anche all'altro (1). Il responsabile civile, intervenuto nel giudizio penale, ha uguali diritti dell'imputato: può difendersi, può fornire le prove dell'innocenza del responsabile diretto, può illuminar su di queste la coscienza del magistrato, può infine appellarsi dalla sentenza che condanna il responsabile diretto medesimo.

53. Con tutto ciò si riconosce ciò che già ripetute volte ho affermato più innanzi, che cioè in sostanza e in se stessa la responsabilità civile derivante da un reato, gemella della penale, partecipa dell'indole di questa. Se dunque in nessun modo trae dal responsabile civile origine il fatto che alla responsabilità medesima ha dato causa, perchè dichiararla purtuttavia? I genitori, i precettori, gli artigiani e i tutori nel giudizio penale posson dimostrare la insussistenza — oltre che dell'azione illecita addebitata ai dipendenti, ai pupilli, ecc. — di un fatto che per presunzione sta contro di loro, cioè che siano stati negligenti nel sorvegliarli: ma i padroni e i committenti hanno un campo ben ristretto di difesa

(1) MASUCCI, *Diritto e Giureprudenza intorno alle persone civilmente responsabili*, « Rivista penale », 1884.

e di elisione della propria responsabilità, perchè quando non riescano a smentire il fatto del subordinato, quando non possano dimostrare che la scelta dei preposti fu forzosa, o che non avevan nei loro rapporti con quelli, diritti di autorità, di sorveglianza (secondo la concreta figura del contratto), dovranno rimanere inerti, arrestarsi dinanzi a quegli elementi estrinseci di imputabilità, e non potranno dir verbo sull'impossibilità non immaginaria ma reale, in cui si trovarono d'impedire il fatto dannoso. Di guisa che la loro parte nel giudizio penale è ben povera e quasi irrisoria.

54. Ancora più dà ragione al principio enunciato dell'intima affinità tra la responsabilità penale e quella civile coesistente con essa, la controversia sorta nella dottrina e nella giurisprudenza sulle conseguenze giuridiche derivanti dal non essersi citato nel giudizio penale il responsabile civile.

L'art. 549 Cod. pr. pen. dice: « Le persone civilmente responsabili per delitti e contravvenzioni, *saranno citate* ad intervenire nel procedimento sulla richiesta, ecc. ».

I giuristi (DALLOZ, HÉLIE, SOURDAT) e la giurisprudenza francese ammettono che tanto il Pubblico Ministero, quanto la parte lesa abbiano *facoltà* e non obbligo di citare nel giudizio penale il responsabile civile e gli accordano il diritto d'intervenirvi (1). Il VEUTE, il BORSARI e CASORATI (2), dal loro canto, sostengono che, non citato, non avente diritto all'intervento, mai il terzo responsabile possa esser colpito dal giudizio penale cui fu estraneo: egli nel giudizio civile può distruggere persino l'affermazione solenne della sentenza penale, ed esimersi da qualsiasi responsabilità. I primi richiamano il supremo principio che il giudizio penale conduce a un pronunciato che ha forza di verità assoluta e inoppugnabile *erga omnes*, non esclusi i terzi civilmente responsabili. Costoro pertanto non debbono essere pregiudicati senz'aver potuto manifestare le proprie ragioni. I secondi trascurano appunto quel solenne principio.

---

(1) Così il SALUTO, *Commentario al cod. p. p.*, ecc., vol. VI, n. 2036.

(2) *Comment. al cod. proc. pen.*

Secondo l'egregio avv. ERNESTO FORTUNATO (1), il diritto d'intervento non è autorizzato dalla legge, bensì arbitrario. Egli pone il dilemma: o si ammette la teoria pel BORSARI e CASORATI, e si va così contro l'irretrattabilità del giudicato: o si accoglie questa, ed è leso il sacro e intangibile diritto del terzo civilmente responsabile alla esplicazione della propria difesa. È necessario trovare una conciliazione tra le contrarie esigenze di due altissimi principii, l'uno di diritto, l'altro di giustizia e insieme di equità. Or bene, il FORTUNATO, riferendosi direttamente alla fonte legislativa, interpreta le parole: « saranno citate » dell'art. 519 innanzi riferito, non nel senso che *possano* esser citate, ma che *debbano*. La legge ha espresso una norma costrittiva e non facoltativa, e ciò perchè non è supponibile che abbia abbandonato all'arbitrio della parte civile o all'*interesse* del Pubblico Ministero l'esercizio di inviolabili diritti. Semplicissima ed evidente appare la risoluzione, in tali sensi, della presente controversia. E questa convinzione deriva sovrattutto dalla chiarezza del dettato legislativo che non sembra dia luogo a dubbi sul suo significato. Non citato pertanto nel giudizio penale, il terzo civilmente responsabile può far revocare il giudicato ch'è contro di lui, o, quanto meno, paralizzarne — nei suoi riguardi — la efficacia.

L'opinione di coloro i quali sostengono (e forman la maggioranza) che, malgrado il giudicato penale, possa in un giudizio civile *ex integro* esaminarsi ancora l'*an* e il *quantum debeatur* dal responsabile civile, rivela il *supremo interesse* che quegli aveva d'intervenire nel primo giudizio: non si prescinderà però nel secondo dal fatto su cui si è già pronunziata una sentenza penale, ma tutto si riesaminerà daccapo al solo obbietto di determinare quale sia la responsabilità del terzo.

Giustissima, infine, io credo sia del pari la risposta data dal FORTUNATO alla obbiezione circa la obbligatorietà della citazione,

(1) *Il responsabile civ. non citato in giudizio penale*, « Giurisprudenza Italiana », 1889, parte 4.ª, pag. 171.

fondata sull'art. 4 cod. pr. pen., per cui l'azione civile può esercitarsi separatamente dalla penale. Oltre la probabilità che tale facoltà non sia accordata appunto pel terzo civilmente responsabile, data la riserva « salvi i casi preveduti dalla legge », v'ha la logica spiegazione, che nel giudizio penale non solo il reo immediato, ma anche il responsabile civile, grandemente interessato, si adoperi a dimostrare l'innocenza di colui e l'insussistenza del reato, e così indirettamente la propria irresponsabilità: in giudizio separato potrà poi la parte civile intentare l'azione di danni.

55. L'illustre prof. GIANTURCO (1) esprime un criterio subbiettivo di distinzione tra la responsabilità civile e la penale. Egli infatti dice: « la *voluntas sceleris* e il *fatto proprio* di colui al quale risale il fatto che ha prodotto il danno sono presupposti necessarii perchè la responsabilità penale abbia luogo; mentre la responsabilità civile può aversi anche involontariamente (*culpa* in senso stretto) o per fatto altrui ». Questa distinzione, se è lecito manifestare una opinione modestissima col rispetto di discepolo, io credo sia superficiale ed estrinseca. Unica differenza, in riguardo a chi debba espiare una pena o pagare un risarcimento, a me sembra infatti sia la diversa gradazione della *quantità* di colpa o di dolo; nè è possibile, io credo, tracciare *a priori* i limiti tra la colpa civile e la penale, il dolo civile e il dolo penale. La involontarietà, quale colpa in senso stretto, non è esclusiva della responsabilità civile, mentre ai delitti penali rispondono quelli civili, ai quasi-delitti o delitti *colposi* civili i delitti *colposi* penali; in ambedue le prime categorie v'ha *dolo* penale o civile, nelle seconde *colpa* egualmente civile o penale. Le due figure giuridiche di responsabilità nel campo penale trovan quindi esattissimo riscontro nella sfera del diritto civile: esse sono perfettamente parallele; ciò che all'una figura s'appartiene come fondamento nel diritto penale, all'altra, quale fondamento analogo è parimente acquisito nell'altra

---

(1) *Diritto delle obbligazioni*, « Lezioni di dir. civ. », lez. XX-XXII, Napoli, Pierro, 1894.

sfera. Per aversi una qualsiasi differenza, occorre stabilire il limite che separi quei due fondamenti, vale a dire indagare in che il dolo civile si differenzii dal penale, e così per la colpa, e da tale ricerca risalire alla duplice responsabilità.

La riferita distinzione subbiettiva intanto ponendo di rincontro alla *voluntas sceleris* l'involontarietà e di fronte al fatto proprio l'altrui, farebbe pensare si possa incorrere nella responsabilità civile, prescindendo in qualche modo e in qualche caso da una immediata imputabilità. Si afferma cioè, che mentre può rispondersi civilmente per sola colpa o per un fatto altrui, non si possa in tali casi incorrere nella responsabilità penale, e che questa sia la differenza tra le due responsabilità.

Ora, in quelle ipotesi, e specie pel fatto altrui, non si è assolutamente in colpa, e mentre in tal caso la responsabilità è ingiustificata, non è ammessa dal GIANTURCO, perchè egli in seguito sostiene che « nel diritto italiano è certissimo che il fatto non basti e occorre la *volontà* dell'agente ». Se quindi v'ha in qualche modo colpa, l'involontarietà e il fatto altrui sono dei criterii niente affatto caratteristici, perchè anche nella responsabilità penale può incorrersi per colpa in senso stretto e per fatto altrui, quando vi sia grave colpa o proprio dolo.

Ogni indagine deve quindi rivolgersi sempre alla minore o maggiore gravezza della colpa o del dolo dell'agente. Allorchè si fa luogo alla sola responsabilità civile in date circostanze, e per dati fatti, ciò vuol dire o che il legislatore non ha giudicato troppo grave il dolo o la colpa dell'individuo per dichiararlo responsabile anche penalmente (e se la coscienza pubblica ciò reclamasse, nulla impedirebbe che si stabilisse una *pena* vera nella legge); ovvero che il magistrato non crede si tratti d'offesa all'ordine sociale, ma di fatto lieve che però obblighi al risarcimento. È bensì il *danno* caratteristico della responsabilità civile, ma nel senso che non esista questa, se il primo non si produsse, non già, che cagionato, s'incorra senz'altro in quella.

La responsabilità civile differisce in conclusione dalla penale

solo *quantitativamente:* essa segna un grado lieve di colpa o di dolo, mentre occorre una grave imprudenza o una malvagità pericolosa perchè possa incorrersi nella vera punizione inflitta dal potere sociale nell'interesse pubblico.

56. Orbene, si definisca il risarcimento pena *civile* o vera pena, dall'elemento *subbiettivo* non potrà giammai prescindersi, come da molti si propugna. Nel campo contrattuale si esige il *consensus:* nella sfera aquiliana non può trascurarsi qualunque altra manifestazione della volontà, perchè una persona si chiami responsabile dei danni ad altri cagionati. È vero che il risarcimento, per l'obbietto considerato nella sua natura e nell'appartenenza di esso, differisca dalla pena vera; ma ciò implica una gradazione e non una mancanza di dolo o di colpa; ed è uno strano errore fermarsi su quei caratteri obbiettivi per concludere, che tale differenza dalla responsabilità penale autorizzi a non tener conto della colpa qualunque essa sia. Nella società odierna quel criterio sarebbe anacronistico, se si accettasse in astratto quale principio dommatico. Nell'ipotesi di responsabilità solo civile l'elemento della penalità non si riscontrò nell'agente. Nell'ipotesi di responsabilità penale e civile nell'istesso individuo, non si riscontra contemporaneamente l'esistenza di due responsabilità, ciò che sarebbe ridicolo; la responsabilità civile scaturisce veramente e propriamente da quella penale; nell'origine non v'ha certo alcuna diversità: la legge stabilisce un obbligo a favore del leso, ma quell'obbligo, civile per gli effetti, nella sostanza è una pena vera e propria, giacchè è sofferta dall'agente come conseguenza del suo fatto illecito dannoso. La responsabilità del *terzo* presuppone in sostanza che una soddisfazione pecuniaria non possa quasi mai assicurarsi al leso dall'offensore, date le condizioni misere in cui egli versa; allora si pretende da un terzo che abbia certi rapporti con costui. Questa responsabilità naturalmente, per esser giusta, come ha origine anch'essa dal fatto dannoso, deve supporre una *parte di colpa* in colui che si vuole responsabile. Può porsi il dilemma: o si obbliga con una legge speciale e *a priori*, quasi in

forza d'un contratto tacito, al risarcimento dei danni che un subordinato in alcun modo abbia prodotti, e allora può certamente prescindersi dalla colpa, facendo prevalere esclusivamente il criterio della utilità sociale (ciò che sarebbe poi da discutersi e giustificarsi *in iure condendo*); o si rimane nel campo del danno aquiliano (articolo 1151 ss. cod. civ.), e allora unico fondamento d'ogni responsabilità non può esser che la colpa, giacchè il nostro diritto accoglie completamente i principii del diritto romano.

57. II. L'apparente analogia tra il caso che si analizza, di responsabilità civile dei terzi, e quello degli infortuni sul lavoro, svanisce rapidamente, se si ha riguardo a due circostanze che rendono inconciliabili i principii e i criteri informanti le due ipotesi di responsabilità.

a) La ragione, per cui dal legislatore si accolse l'assicurazione obbligatoria, fu l'infelice condizione dell'operaio, costretto dalle esigenze della vita ad esporsi ai rischi delle industrie moderne a subire le pretese degli imprenditori e dei capitalisti, i quali soli dettano i patti ed impongono le condizioni (1). L'intervento del potere pubblico in favore dell'operaio era quindi un dovere di giustizia e un'esigenza sociale. Si consideri la immensa schiera di proletarii, privi di qualunque diritto acquisito (di proprietà) e forniti solo di quelli *naturali*, tra cui quello dell'esistenza, che spesso non s'ha la potenza di far valere e difendere: proletarii i quali trovano uno scampo nel darsi al lavoro, qualsiasi natura di lavoro; e nel travagliato ricovero dell'officina spesso incontrano orribili sventure, che possono renderli inetti per la vita a procurarsi i mezzi di sussistenza, nel quale caso numerose e infelici famiglie rimangono nell'abbandono, costrette a mendicar dalla carità altrui il proprio sostentamento. In queste ipotesi è spiegabilissima la responsabilità incolpevole dell'imprenditore; egli difatti intende sviluppare con le gigantesche e pericolose industrie mo-

(1) Fusinato, *Gl' infortunii sul lavoro e il diritto civile*, Roma, 1887.

derne la propria potenza economica; il proletario accorre ad annoverarsi operaio; per caso rimane sfracellato o ferito dagli ordigni d'una macchina: chi deve riparar questo danno? chi è forse colpevole? Ma su queste sventure fatale influenza ha quasi sempre il *caso*, esse sono *fortuite*. Allora è davvero opportuno ed equo il principio *cuius commoda eius incommoda*, e giusto l'obbligo nell'imprenditore di risarcire quel danno.

58. *b*) La diversità del danneggiato, di colui al quale è dovuto il risarcimento, pone in luce una prima grande differenza tra le due responsabilità. Ma è più profonda quella emergente dal riflesso che nel caso d'*infortuni*, come indica la stessa parola, il danno avviene per lo più senza colpa d'alcuno, per caso. Dal qual fatto è per vero eliminata l'ingiustizia che l'azione d'un individuo si consideri come azione d'un altro, almeno in una conseguenza principalissima. Fra i subbietti v'han relazioni completamente diverse; qui l'operaio è vittima d'una sventura; invece nel caso di danno cagionato dal commesso o dal domestico, costoro sono in colpa o in dolo; se ne fossero esenti, cesserebbe ogni responsabilità e ogni obbligo al risarcimento. Non v'han più dunque disgrazie da lenire, occasionate ad operai dal terribile lavoro industriale, ch'è a tutto favore di chi spera da quella industria lucri ingenti e lauti guadagni: v'ha invece il danno di persone estranee, cagionato da dipendenti in occasione dei loro servigi, e non per un caso fortuito, bensì per la negligenza o la malvagità dei dipendenti medesimi. Il diritto pertanto dei terzi è troppo lieve perchè dia luogo senz'altro alla responsabilità dei committenti e dei padroni. Nel caso d'infortunii v'ha davvero un principio d'equità ch'è anche di giustizia e di diritto; nel secondo il principio di equità non v'è, nè potrebbe esservi, perchè ognuno deve rispondere del fatto di cui è colpevole in tutte le conseguenze, e se non lo può in alcuna (risarcimento di danni), non deve questa addossarsi a chi è rimasto al fatto medesimo assolutamente estraneo, nè in alcun modo v'è concorso, nel più vero significato di tale parola.

59. III. Sulla teoria della *culpa in re ipsa,* ch'è quella del torto oggettivo, s'è fatto cenno più innanzi.

IV. Non è qui il luogo (nè l'indole del tema me lo consente) di addentrarmi nella trita questione della responsabilità dello Stato e delle altre persone giuridiche. Tale questione del resto va risoluta con principii di diritto pubblico, ed è affatto diversa da quella della responsabilità civile con o senza colpa. Quale difficoltà per vero ad ammettere la colpa in un Comune, in una società ferroviaria, in un'impresa industriale e commerciale qualsiasi? Quasi sempre può mancarvi nella scelta, poichè vi hanno ben ordinate e legali garanzie. Ma la colpa è forse un fatto strano ed assurdo, dato l'obbligo imprescindibile d'un'oculata sorveglianza? Non è certo l'ente astratto e distinto dai socii e dai componenti la persona giuridica che può incorrere in alcuna colpa; sono bensì i singoli individui onde quella risulta, che debbon vigilare con la massima cura. Se quindi il fatto non potè esser impedito, ogni responsabilità è giusto venga meno.

60. V. L'affermazione che i principii *neminem laedere quis debet,* quando anche eserciti un proprio diritto (in qualche caso), e l'altro *nemo locupletari debet aliena jactura,* non si trovano scritti in alcuna legge positiva, fa meraviglia davvero. Che il voler giustificare con quei principii il risarcimento in alcuni casi, sia indizio di mutata coscienza giuridica, è strano più ancora. Forse che quei principii supremi di equità han bisogno di una espressa dichiarazione nelle leggi civili? Forse chè quelle in cui una esplicita menzione non n'è fatta, può mai presumersi l'abbian respinti davvero? E tante disposizioni del nostro codice civile non poggiano appunto su quei principii di grande giustizia, ad es. l'azione d'arricchimento e la *condictio indebiti?* Nessuno indizio di rinnovata e progredita coscienza giuridica si riscontra poi nel porsi a fondamento del risarcimento dei danni quei principii medesimi. E per vero, nella nostra ipotesi, essi non sono affatto applicabili: il primo, perchè non già dai committenti o padroni, bensì dal dipendente viene cagionato il danno; il secondo, perchè la

iattura d'una persona deve essere immediata ed unica causa della locupletazione d'un'altra, mentre nel caso del committente e del padrone durante l'ordinario esercizio d'un' industria, un danno causato da qualche dipendente non è certo fonte di guadagno per essi.

CONCLUSIONE E RIEPILOGO.

61. Dall'insieme della precedente esposizione, può ormai con più ragione dedursi ciò che già ripetute volte nel corso di essa s'è affermato, ed ora è opportuno riassumere, mentre ne urge il compimento.

L'inibizione della prova liberatoria è dunque stata ispirata dall'intento di stabilire un potente regime di sorveglianza su di una classe di persone, che pei loro incumbenti possono danneggiare in diverse guise e più facilmente quell'altra classe ancor più numerosa di individui, con la quale vengono a contatto, mentre, essendo per lo più prive di qualunque sostanza, non potrebbero risarcir quel danno a coloro i quali lo risentirono.

La tutela, la sicurezza dei terzi da una parte, la opportunità di un'ottima scelta e di un'attentissima sorveglianza dall'altra; ecco ciò che ha ispirato ***ad esclusione di ogni altro criterio***, la norma dell'art. 1484 codice francese e per conseguenza quella identica dell'art. 1153 nel cap. cod. civ. italiano.

Ammessi questi criteri, queste idee forti e imperiose, è meno strana, o meglio, più spiegabile la trascuranza di diritti che si sarebbero conculcati; spesso l'imagine dell'utile offusca quella del giusto, spesso all'opportunità si sacrifica il Diritto e lo si scambia con quella; sovente l'ardito e oculato legislatore, guardato al lume della filosofia, è temerario, rozzamente severo nei suoi principii e nelle sue leggi. L'idea della prevenzione (scongiurare dei danni possibili ai terzi) è sovrana e cieca, degna dei tempi primitivi e barbari, quando la mente era inceppata e sopraffatta da falsi e

rudi principii sull'imputabilità umana e sui diritti della società, quando questi prevalevano su quella e per essi si disconosceva la personalità della pena.

62. L'esagerata importanza del fine, l'unilaterale considerazione del danno sociale, ecco ciò che ha distolto molti da quelle idee, le assurdità non lampeggiate al loro pensiero; e pur rifuggendo dall'ammettere come fondamento del diritto costituito una presunzione di colpa, assoluta, alcuni giustificano anzi la legge: « forse qui la legge è molto più logica e più giusta dei suoi criterî » (CHIRONI), e le attribuiscono principii che in effetti non ha accolti giammai. Oltre la coerenza, costoro trovan giustizia nella legge: la prima invece a me sembra riposi, interpretando l'intimo pensiero dei legislatori, su d'un esagerato opportunismo; la seconda appunto per ciò sia disconosciuta. Ma in effetti v'ha incoerenza e ingiustizia. La incoerenza tuttavia deve ricercarsi non nella presunzione *juris et de jure* di colpa, bensì nella sproporzione tra fine e mezzo. La ingiustizia sta nell'aver garentito l'interesse dei terzi trascurando il diritto di coloro i quali devon rispondere civilmente del danno. Quelli poi i quali ritengono essere stata ammessa una presunzione assoluta di colpa, e muovono, per questo, rimprovero alla legge, veggono un lato del pensiero del legislatore, o meglio si fermano sugli effetti, che son deduzioni scambiate con le premesse; essi disconoscono la giustizia e l'armonia di tale disposizione coi principii eterni di ragione; ma non dicono perchè quella norma fu dettata; anzi, naturalmente, sembra loro destituita di qualsiasi base, e perciò ingiusta per quanto strana e incomprensibile (ad es. al GIORGI). Quelli che, ammettendo la presunzione assoluta di colpa, la trovano ciononostante giusta o tacciono dell'ingiustizia, non han curato un esame concreto dei rapporti tra commessi e committenti, padroni e domestici, per dedurre se sia da escludersi la ipotesi di incolpevolezza.

63. Diversamente da tutti costoro, io ho meditato sulla storia; ho esaminato questa norma (della responsabilità indecli-

nabile dei padroni e committenti) allorquando fu la prima volta ammessa, e le idee sociali e i principii giuridici predominanti in quell'epoca, e l'influenza di essi nel farla sorgere e nel conservarla fino al secolo XIX appena modificata (eliminandosi anche una corresponsabilità penale) dalla mutata coscienza dei popoli. Ho analizzato in tal guisa l'idea *umana* di tale responsabilità, la quale ha dato vita alla tradizione costante legislativa, non interrotta ma ciecamente accolta e sanzionata nel codice di Napoleone, dal quale poi con eguale leggerezza anzi maggiore (giacchè non v'è stata altra discussione al riguardo) passò intatta nel codice civile italiano.

Nel discutere la mia tesi io ho avuto due scopi: ricercare in primo luogo il vero fondamento *positivo* o *legislativo* della responsabilità civile dei padroni e dei committenti; ed ho sostenuto la mia opinione modesta con convinzione intima se non con evidenza. Quei principii che a me son parsi ispiratori di tale responsabilità han per altro in mira chi il danno ha sofferto o chi potrebbe soffrirlo; ma non solo non dànno ragione dell'imputabilità in generale del subbietto, quanto sono insufficientissimi a giustificare la responsabilità di persona diversa da quella che produsse il danno. La prevenzione inoltre deve valere come minaccia, non come giustifica d'una pena sia anche civile, che non corrisponda ad alcun atto illecito già commesso, o sia a questo sproporzionata.

In secondo luogo io ho voluto dimostrare, che nello stabilire la responsabilità civile a carico dei padroni e dei committenti, non possa farsi a meno della colpa: molti ammettono il principio, ma per dedurne che una presunzione assoluta di colpa informa la disposizione dell'art. 1153 ult. cap. Ciò non può essere vero in alcun modo, ed ho cercato di dimostrarlo diffusamente. Se il legislatore si fosse davvero e in modo esclusivo poggiato sulla colpa, ragionevolmente era portato a concedere la prova liberatoria, che appunto è il mezzo per far conoscere se colpa in realtà vi sia stata o meno; negandola, nella maggior evidenza appare, che di quello

impreteribile elemento egli non ha in sostanza tenuto conto alcuno. E che tale elemento sia poi impreteribile, io credo scaturisca dalla breve critica fatta delle teorie che dalla colpa stessa prescindono; e tutte le ragioni svolte si possono in breve ridurre a questa: che finchè in un fatto v' ha dolo o colpa d'un individuo, il quale sia quindi di quello unica origine, non può alcuna conseguenza di tal fatto, per un mero vincolo obbiettivo ed estrinseco come quello di locazione d'opere e commissione, farsi risalire ad estranee persone, le quali non v'abbiano concorso neanche negativamente, cioè non impedendolo, mentre dovevano, ma se naturalmente potevano.

64. Come ad ultima, ma non meno valida conferma di tale verità innegabile, sarà opportuno riferirsi ad una disposizione del codice penale analoga a quella fin qui esaminata.

All'art. 1123 del cod. civ. fa riscontro l'art. 60 del cod. penale che dichiara responsabili anche penalmente le persone menzionate in quell'articolo. Il fatto però che produsse il danno deve costituire non altro che contravvenzione: pei delitti v'ha solo e sempre la responsabilità civile. La pena quindi che colpisce chi ha « autorità, ordine o vigilanza » sul dipendente che commette il reato si limita o all'arresto, o all'ammenda, o alla sospensione dell'esercizio d'una professione o d'un'arte. La responsabilità per altro non si dubita di dichiararla solo nel caso in cui « la contravvenzione *poteva essere impedita* dalla sua diligenza », della persona cioè *sovrastante,* come dice il CRIVELLARI (1). Nelle numerose modifiche proposte e accettate dalle commissioni e dalla magistratura interpellata sui varii progetti, non s'è mai eliminata quella condizione essenzialissima (2). Un vincolo ideale unisce questa responsabilità penale con quella civile: difatti, mentre l'ultima si fonda, come abbiamo dimostrato, sulla opportunità di rafforzare il principio autoritario dei genitori, tutori, padroni, committenti, ecc.,

(1) *Il codice penale italiano commentato,* vol. III, pag. 731.

(2) Vedi *I lavori preparatorii del cod. pen.*, in CRIVELLARI, loc. cit.

la responsabilità penale « ha il suo fondamento in un'obbligazione *personale nell'inadempimento del proprio dovere*, sicchè di questo inadempimento si deve rispondere avanti alla legge » (1). È la colpevole debolezza nell'esercizio dell'autorità, che spinge il legislatore a punire (ibid.).

La *ratio legis* è pertanto identica, identico è il principio giuridico, ma l'applicazione n'è stata ben diversa nel campo del diritto civile, poichè si vieta di provare che non fu possibile impedire il fatto dannoso (che può esser un vero *delitto penale* del subordinato), mentre il codice penale ha poggiato la punizione esclusivamente sul difetto o insufficienza della prova medesima. Unica differenza è la diversa sanzione delle responsabilità: ma ciò per nulla influisce sul loro fondamento ch'è comune. « Il mancato ostacolo all'infrazione della legge penale, scrive il CRIVELLARI, non può rimproverarsi come omissione colpevole, *quando non abbia alcuno avuto il potere d'impedirla*: questa regola è suggerita dal *senso comune* »: ed è il senso comune che suggerisce la istessa regola per la responsabilità civile.

AVV. EUGENIO IANNITTI.

---

(1) CRIVELLARI, ibid.